

(Y)

a 58975

TESIS/03

TD/ 579

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID  
FACULTAD DE DERECHO**



**LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL:  
MODELOS DE DERECHO COMPARADO Y  
EVOLUCIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL**

**Madrid  
2003**

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MADRID  
FACULTAD DE DERECHO**



UNIVERSIDAD AUTONOMA MADRID  
REGISTRO GENERAL

Entrada 01 Nº. 200300008847  
09/06/03 10:05:21

**LA RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL:  
MODELOS DE DERECHO COMPARADO Y  
EVOLUCIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL**

Trabajo presentado para la  
obtención del grado de doctor por  
**LIS PAULA SAN MIGUEL PRADERA,**  
realizado bajo la dirección del  
**PROF. DR. D. ANTONIO MANUEL  
MORALES MORENO**

R.D. 128.175  
BIBLIOTECA DE LA  
F. DE DERECHO DE  
LA UNIVERSIDAD  
AUTÓNOMA  
DE MADRID

30 em

**Madrid  
2003**

## **SUMARIO**

<b><u>INTRODUCCIÓN</u></b> .....	1
----------------------------------	---

### **PARTE PRIMERA**

#### **EL MODELO DE RESOLUCIÓN AUTOMÁTICA**

<b><u>CAPÍTULO I: EL PROCESO DE SUPERACIÓN DE LA IDEA DE CONDICIÓN RESOLUTORIA IMPLÍCITA.</u></b> .....	33
---	----

##### **I . LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN LOS ANTECEDENTES PRÓXIMOS DE NUESTRO CÓDIGO CIVIL** 33

<i>A . EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1851 Y SUS ANTECEDENTES</i> .....	34
---	----

<i>B . LA DOCTRINA DE LOS AUTORES</i> .....	40
---	----

<i>C . JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO</i> .....	44
--	----

##### **II . ABANDONO DE LA IDEA DE LA CONDICIÓN RESOLUTORIA IMPLÍCITA: LA FACULTAD RESOLUTORIA DEL ARTÍCULO 1124 CC** ..... 48 |

<i>A . LA FACULTAD RESOLUTORIA DEL ARTÍCULO 1124 CC</i> .....	48
---	----

##### **III . LAS DENOMINADAS CONDICIONES RESOLUTORIAS EN INTERÉS DE PARTE** ..... 52 |

<b>CAPÍTULO II : DOS POSIBLES CASOS DE RESOLUCIÓN AUTOMÁTICA .....</b>	<b>57</b>
--	-----------

<b>SECCIÓN PRIMERA: LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA, ABSOLUTA TOTAL, PERMANENTE Y NO IMPUTABLE.....</b>	<b>58</b>
--	-----------

<b>I. ORIENTACIONES DOCTRINALES EN EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA NO IMPUTABLE AL DEUDOR.....</b>	<b>62</b>
--	-----------

<b>II . LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA NO IMPUTABLE Y LA DOCTRINA DE LOS RIESGOS .....</b>	<b>66</b>
--	-----------

<i>A . LA DOCTRINA DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO COMPARADO .....</i>	<i>67</i>
1 . La imposibilidad sobrevenida no imputable y su regulación en el antiguo § 323 BGB .....	68
2 . La imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor en el Código civil italiano .....	71
a . La imposibilidad sobrevenida no imputable en los contratos con eficacia obligatoria: el artículo 1463 CC italiano .....	71
b . La imposibilidad sobrevenida no imputable en los contratos con eficacia real: el artículo 1465 CC italiano .....	73
c . La posible incidencia del commodum repræsentationis .....	74
3 . La teoría de los riesgos en la doctrina francesa .....	76
a . Principio res perit debitori .....	77
b . Res perit domino en los contratos traslativos de dominio.....	79
c . La incidencia del commodum repræsentationis.....	81
<i>B . LA DOCTRINA DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO ESPAÑOL.....</i>	<i>82</i>
1 . Consideraciones sobre la construcción de la doctrina de los riesgos en el Derecho español.....	83
a . El efecto liberatorio que provoca la aplicación de la doctrina de los riesgos .....	86
b . La diferente justificación de la restitución en el ámbito de la doctrina de los riesgos .....	88
2 . Consecuencias más importantes de la distinción entre resolución por incumplimiento y disolución conforme a la doctrina de los riesgos .....	89
3 . Falta de respaldo jurisprudencial a la distinción entre doctrina de los riesgos y resolución por incumplimiento .....	90
4 . Dos intentos recientes de construir la imposibilidad sobrevenida no imputable al margen del incumplimiento .....	91



a . La tesis de Jordano Fraga.....	91
b . La tesis de Castilla Barea.....	94
<b>IV. LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA NO IMPUTABLE COMO INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 1124 CC: UN CASO DE RESOLUCIÓN AUTOMÁTICA.....</b>	<b>98</b>
<i>A . LA TESIS DE PINTÓ RUIZ.....</i>	<i>99</i>
1 . El tenor literal del artículo 1124 CC .....	100
a . El primer párrafo del artículo 1124 CC y el principio ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus .....	100
b . El segundo párrafo del artículo 1124 CC .....	101
2 . El fundamento del artículo 1124 CC.....	103
3 . Especialidades de la resolución por imposibilidad sobrevenida no imputable.....	105
<i>B . LA OPINIÓN INICIAL DE CLEMENTE MEORO.....</i>	<i>108</i>
<i>C . LA RESOLUCIÓN AUTOMÁTICA DEL CONTRATO EN LOS PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS .....</i>	<i>109</i>
1 . La imposibilidad sobrevenida no imputable como incumplimiento .....	111
2 . La forma de la resolución del contrato en los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable.....	112
<i>D . CONCLUSIÓN FINAL .....</i>	<i>113</i>
<b>IV . LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA NO IMPUTABLE Y EL SISTEMA DE REMEDIOS: INEXISTENCIA DE UNA RESOLUCIÓN AUTOMÁTICA .....</b>	<b>114</b>
<i>A . EN TORNO A LA IDEA DE «INCUMPLIMIENTO» .....</i>	<i>115</i>
<i>B . INTEGRACIÓN DE LA RESOLUCIÓN EN EL SISTEMA DE REMEDIOS.....</i>	<i>117</i>
<i>C . LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO COMO REMEDIO APLICABLE EN CASO DE IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA NO IMPUTABLE.....</i>	<i>120</i>

1 . Límites a la aplicación del artículo 1124 CC: la traslación de los riesgos al acreedor (artículo 1452 CC).....	122
a . Intentos doctrinales de minimizar el alcance del artículo 1452 CC .....	124
b . Inaplicación del artículo 1452 CC por el Tribunal Supremo.....	128
c . Justificación de la regulación del riesgo.....	130
 <i>D . RAZONES PARA LA INEXISTENCIA DE UNA RESOLUCIÓN AUTOMÁTICA</i>	
<i>EN LOS CASOS DE IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA NO IMPUTABLE.....</i>	<i>138</i>
1 . El tenor literal del artículo 1124 CC .....	139
2 . Coordinación de la resolución con el resto de los remedios ....	141
a . Resolución por incumplimiento y pretensión de cumplimiento .....	142
b . Resolución por incumplimiento e indemnización de daños y perjuicios.....	147
c . Resolución por incumplimiento y pretensión al commodum repræsentationis.....	149
i . Ámbito de aplicación del commodum repræsentationis ...	149
ii . Concurrencia de la resolución por incumplimiento y de la pretensión al commodum repræsentationis .....	152
iii . Opción entre la resolución y el commodum repræsentationis.....	155
iv . Forma de atribución del commodum repræsentationis al acreedor.....	156
d . Conclusión .....	160
3 . La resolución automática y la certeza de la situación jurídica.....	161
4 . Carácter no automático de la resolución en el moderno Derecho comparado y uniforme .....	162
a . La imposibilidad sobrevenida no imputable y la resolución por incumplimiento en el Código civil holandés.....	163
b . La imposibilidad sobrevenida no imputable y la resolución en el Derecho alemán: críticas al antiguo § 323 BGB (propuesta de reforma de 1992 y reforma de 2001) .....	165
c . La imposibilidad sobrevenida no imputable y la resolución en los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales.....	171
d . La resolución en la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980 .....	174
5 . Valoración final.....	176
 <i>E . EXCEPCIONES AL CARÁCTER NO AUTOMÁTICO DE LA RESOLUCIÓN EN LOS CASOS DE IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA NO IMPUTABLE .....</i>	
	<i>177</i>

1 . Muerte o incapacidad no imputable del contratista o del prestador de servicios en los contratos <i>intuitu personæ</i> .....	178
2 . Pérdida de la cosa arrendada .....	181

## V . LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA NO IMPUTABLE EN LA JURISPRUDENCIA DE TRIBUNAL SUPREMO .....182

A . Exposición de la jurisprudencia del Tribunal Supremo .....	183
1 . El “hecho obstativo que de modo absoluto y definitivo impide el cumplimiento” .....	184
2 . El efecto de la fuerza mayor sobre las obligaciones sinalagmáticas .....	188
3 . La frustración del fin práctico y la resolución del contrato .....	192
4 . La imposibilidad sobrevenida no imputable y la posibilidad de que el deudor inste la resolución.....	201

### B . REFLEXIONES SOBRE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO .205

### C . UNA JURISPRUDENCIA CONSTANTE Y UNIFORME: EL CASO FRANCÉS .212

## SECCIÓN SEGUNDA: EL TÉRMINO ESENCIAL.....216

## I . LA INCORPORACIÓN A NUESTRO DERECHO DE LA CATEGORÍA ALEMANA DE LOS LLAMADOS «NEGOCIOS A FECHA FIJA» (FIXGESCHÄFTE) .....218

A . LOS NEGOCIOS A FECHA FIJA EN DERECHO ALEMÁN .....	218
1 . «Relative Fixgeschäfte» o negocios a fecha fija relativos .....	219
2 . «Absolute Fixgeschäfte» o negocios a fecha fija absolutos.....	223

### B . LOS “NEGOCIOS A FECHA FIJA” EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA .....227

### C . LA CATEGORÍA DE LOS «NEGOCIOS A FECHA FIJA» EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO.....235

### D . INCONVENIENTES PARA LA INCORPORACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL DE LA CATEGORÍA ALEMANA DE LOS «NEGOCIOS A FECHA FIJA» .....240

**II . EL TÉRMINO ESENCIAL Y LA RESOLUCIÓN *EX LEGE* SI EL ACREEDOR NO ACTÚA EXIGIENDO EL CUMPLIMIENTO .....244**

*A . EL TÉRMINO ESENCIAL EN EL CÓDIGO CIVIL ITALIANO: EL ARTÍCULO 1457 .....244*

1 . Antecedentes del artículo 1457 CC italiano de 1942.....246

2 . La resolución de derecho en los casos de término esencial ....248

*B . LA "IPSO FACTO AVOIDANCE" EN EL DERECHO UNIFORME: LOS ARTÍCULOS 26 Y 62 EN LA LEY UNIFORME DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE 1964 .....254*

*C . LA DOCTRINA ESPAÑOLA Y LA RESOLUCIÓN AUTOMÁTICA SI EL ACREEDOR NO EXIGE INMEDIATAMENTE EL CUMPLIMIENTO .....257*

*D . INCONVENIENTES PARA LA INCORPORACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL DE ESTA SOLUCIÓN .....263*

**III . EL INCUMPLIMIENTO DEL TÉRMINO ESENCIAL COMO UN INCUMPLIMIENTO EN EL ÁMBITO DEL ARTÍCULO 1124 CC .....265**

*A . EL TÉRMINO ESENCIAL Y LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO.....265*

*B . EL TÉRMINO ESENCIAL Y EL SISTEMA DE REMEDIOS .....268*

*C . LA JURISPRUDENCIA RECIENTE Y EL TÉRMINO ESENCIAL .....271*

1 . El término esencial como causa de resolución: la frustración del fin práctico perseguido .....272

2 . La forma de operar la resolución en los casos de término esencial .....275

**IV . EL TÉRMINO ESENCIAL EN EL MODERNO DERECHO UNIFORME Y COMPARADO .....279**

*A . LA CONVENCIÓN DE VIENA DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS DE 1980 .....279*

1 . El término esencial como causa de resolución .....280

2 . La forma de ejercicio de la resolución .....282

3 . La opción del acreedor por el remedio resolutorio .....283

4 . El término esencial en la aplicación jurisprudencial de la CISG .....	285
 <i>B . LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT SOBRE LOS CONTRATOS</i>	
<i>COMERCIALES</i> .....	287
1 . El término esencial y el derecho a dar por terminado el contrato .....	288
2 . La opción del acreedor por la terminación del contrato.....	289
 <i>C . LOS PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS</i> .....	
1 . El término esencial como causa de terminación del contrato ..	291
2 . La forma de operar la terminación en los casos de término esencial.....	292
3 . La opción del acreedor por la terminación del contrato.....	294
 <i>D . EL CÓDIGO CIVIL HOLANÉS</i> .....	
1 . El término esencial como causa de resolución .....	296
2 . La forma de ejercicio de la resolución en los casos de término esencial.....	298
 <i>E . LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN PARA LA REFORMA DEL DERECHO DE OBLIGACIONES ALEMÁN DE 1991 Y LA REGULACIÓN DEL BGB TRAS LA REFORMA DE 2001</i> .....	
1 . Los «negocios a fecha fija» en la propuesta de la Comisión para la reforma del Derecho de obligaciones alemán de 1991.....	299
2 . Los «negocios a fecha fija» tras la reforma del BGB de 2001 ..	304
 <b>CAPÍTULO III : LA RESOLUCIÓN DE PLENO DERECHO EN LA COMPRAVENTA DE BIENES MUEBLES</b> .....	
	307
 <b>I . LA RESOLUCIÓN ESPECIAL EN LA COMPRAVENTA DE BIENES MUEBLES: MODELOS DE DERECHO COMPARADO Y UNIFORME</b> .....	
	308
 <i>A . LA RESOLUCIÓN DE PLEIN DROIT EN EL ARTÍCULO 1657 CC FRANCÉS</i> .....	
1 . Presupuestos para la resolución de pleno derecho .....	309
2 . Funcionamiento de la resolución de pleno derecho .....	310
3 . Justificación de la resolución de pleno derecho .....	312
 <i>B . LA RESOLUCIÓN DI DIRITTO EN EL ARTÍCULO 1517 CC ITALIANO</i> .....	
1 . Presupuestos para la resolución de pleno derecho .....	314
2 . Funcionamiento de la resolución de pleno derecho .....	315

<i>C . LA RESOLUCIÓN IPSO FACTO EN LA LEY UNIFORME DE COMPRVENTA INTERNACIONAL DE 1964</i> .....	316
1 . Presupuestos para la resolución <i>ipso facto</i> .....	317
2 . Funcionamiento de la resolución <i>ipso facto</i> .....	318
3 . Críticas a la resolución <i>ipso facto</i> .....	319
<i>D . BREVE ESTUDIO COMPARATIVO DE LAS RESOLUCIONES «ESPECIALES»</i> .....	320
<b>II . SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA RESOLUCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 1505 CC</b> .....	321
<i>A . PRESUPUESTOS PARA LA RESOLUCIÓN DE PLENO DERECHO</i> .....	322
<i>B . EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DE PLENO DERECHO EN INTERÉS DEL VENDEDOR</i> .....	324
1 . El comprador-incumplidor no puede invocar la resolución de pleno derecho .....	324
2 . El vendedor puede optar por exigir el cumplimiento del contrato .....	326
<i>C . FUNCIONAMIENTO DE LA RESOLUCIÓN DE PLENO DERECHO</i> .....	331
<i>D . SIGNIFICADO INICIAL DEL ARTÍCULO 1505 CC</i> .....	333
<i>E . SIGNIFICADO ACTUAL DEL ARTÍCULO 1505 CC</i> .....	336
1 . La resolución en la Convención de Viena de Comprventa Internacional de Mercaderías de 1980 .....	339
2 . La resolución en el Código civil holandés .....	341

## **SEGUNDA PARTE**

### **EL MODELO DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL**

<b><u>CAPÍTULO I</u> : EL DEBILITAMIENTO DEL CARÁCTER EXCLUSIVAMENTE JUDICIAL DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO</b> .....	349
<b>I . EL DEBILITAMIENTO DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL EN EL ARTÍCULO 1124 CC</b> .....	350

<b>II . LA RESOLUCIÓN POR ACUERDO DE LAS PARTES O RESOLUCIÓN CONSENTIDA .....</b>	<b>354</b>
<i>A . LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO .....</i>	<i>354</i>
1 . Sentencia de 19 de mayo de 1961 .....	354
2 . Sentencia de 28 de septiembre de 1965 .....	357
3 . Sentencia de 22 de diciembre de 1977 .....	358
4 . Sentencia de 24 de octubre de 1995 .....	359
5 . Sentencia de 28 de marzo de 1996 .....	361
6 . Sentencia de 29 de abril de 1998 .....	361
7 . Sentencia de 15 de noviembre de 1999 .....	363
<i>B . SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA RESOLUCIÓN CONSENTIDA. ANÁLISIS DOCTRINAL .....</i>	<i>364</i>
1 . Ámbito de aplicación de la resolución consentida .....	365
a . La resolución por incumplimiento como efecto del acuerdo o de la sentencia .....	366
b . La intervención del juez en caso de resolución consentida .....	368
c . <i>Ius electionis</i> y <i>ius variandi</i> en la resolución consentida .....	369
i . Semejanzas con el <i>ius electionis</i> y el <i>ius variandi</i> en las acciones edilicias .....	373
2 . Naturaleza jurídica de la resolución consentida .....	379
a . Distinción de la resolución consentida con otras figuras afines .....	
i . Resolución consentida <i>versus</i> desistimiento mutuo .....	380
ii . Resolución consentida <i>versus</i> transacción .....	388
iii . Resolución consentida <i>versus</i> novación extintiva .....	390
b . La resolución consentida como admisión o reconocimiento del deudor de la oportunidad de la resolución ejercitada por el acreedor .....	393
3 . Un ejemplo de una verdadera resolución pactada: la resolución en caso de excesiva onerosidad .....	402
a . La resolución del contrato por excesiva onerosidad en los Principios de Derecho europeo de los contratos .....	402
b . La resolución del contrato por excesiva onerosidad en los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales .....	404
c . Breve referencia a las legislaciones internas más recientes .....	406
<b>III . LA DECLARACIÓN UNILATERAL DEL ACREEDOR COMO FORMA DE EJERCICIO DE LA RESOLUCIÓN .....</b>	<b>409</b>
<i>A . LA RESOLUCIÓN UNILATERAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO .....</i>	<i>409</i>

1 . Sentencia de 24 de octubre de 1941 .....	410
2 . Sentencia de 28 de enero de 1943 .....	415
3 . Sentencias que han seguido esta línea jurisprudencial .....	416
<i>B . LA DOCTRINA DE LOS AUTORES SOBRE LA RESOLUCIÓN UNILATERAL</i>	
<i>POR INCUMPLIMIENTO</i> .....	421
1 . La resolución como efecto de la declaración del acreedor .....	423
2 . Significado de la intervención judicial.....	424
3 . Falta de reconocimiento legal de esta forma de resolución .....	426
 <b>CAPÍTULO II : LA RESOLUCIÓN MEDIANTE DECLARACIÓN DEL ACREEDOR..</b>	<b>429</b>
 <b>I . NATURALEZ JURÍDICA Y RÉGIMEN JURÍDICO</b>	
<b>APLICABLE A LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE</b>	
<b>RESOLUCIÓN</b> .....	<b>430</b>
 <i>A . BREVE REFERENCIA A SU NATURALEZA JURÍDICA</i> .....	<i>432</i>
1 . La resolución por incumplimiento como facultad de	
configuración jurídica .....	432
2 . La declaración de resolución como acto jurídico .....	434
 <i>B . RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA DECLARACIÓN DE RESOLUCIÓN</i> .....	<i>437</i>
 <b>II . CARACTERÍSTICAS DE LA DECLARACIÓN DE</b>	
<b>RESOLUCIÓN</b> .....	<b>438</b>
 <i>A . LA NECESIDAD DE QUE LA DECLARACIÓN VAYA DIRIGIDA AL DEUDOR</i> .....	<i>439</i>
 <i>B . DELIMITACIÓN DEL MOMENTO DE EFICACIA DE LA DECLARACIÓN DE</i>	
<i>RESOLUCIÓN</i> .....	<i>441</i>
1 . El momento de la recepción como modelo a seguir .....	441
2 . El Derecho español y la declaración recepticia .....	449
 <i>C . EL RIESGO DE PÉRDIDA O RETRASO DE LA DECLARACIÓN DE</i>	
<i>RESOLUCIÓN</i> .....	<i>455</i>
 <i>D . EXISTENCIA Y EFICACIA DE LA DECLARACIÓN DE RESOLUCIÓN</i> .....	<i>462</i>
1 . Sobre la retirada de la declaración de resolución .....	463
2 . Sobre la revocación de la declaración de resolución .....	466
a. La declaración de resolución es unilateralmente	
irrevocable.....	466
b . El acuerdo de las partes puede volver a poner en vigor el	
contrato .....	469



c. La buena fe como excepción al carácter irrevocable de la resolución .....	472
--	-----

### III . CONTENIDO DE LA DECLARACIÓN DE RESOLUCIÓN .476

<i>A . LA INTERPRETACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE RESOLUCIÓN .....</i>	<i>479</i>
1 . La interpretación de la declaración de resolución en el Derecho español .....	479
2 . Las reglas de interpretación de la declaración de resolución en el Derecho uniforme .....	483
a La interpretación de la declaración de resolución en la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías de 1980 .....	483
b . La interpretación de la declaración de resolución en los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales .....	486
c . La interpretación de la declaración de resolución en los Principios de Derecho europeo de los contratos .....	488
 <i>B . CONVERSIÓN DE UNA DECLARACIÓN DE RESOLUCIÓN IMPROCEDENTE EN UNA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD EFICAZ .....</i>	 <i>490</i>
1 . La resolución por incumplimiento y el desistimiento unilateral del comitente de los artículos 1124 y 1594 CC: semejanzas y diferencias .....	492
2 . La conversión de la voluntad resolutoria en desistimiento unilateral en los contratos de obra .....	495
 <i>C . NECESIDAD DE PRECISAR EL INCUMPLIMIENTO QUE SE LE ATRIBUYE AL DEUDOR .....</i>	 <i>502</i>
1 . Comunicación del incumplimiento a la vez que se opta por la resolución .....	503
2 . Utilidad de la denuncia del incumplimiento antes de optar por el remedio resolutorio .....	505
3 . La denuncia del incumplimiento como deber del acreedor .....	508
a . Un ejemplo: el deber de denuncia de la falta de conformidad en la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías de 1980 .....	508
b . El deber de denuncia en Derecho interno español: una propuesta de lege lata y una propuesta de lege ferenda .....	510
i . La propuesta de <i>lege lata</i> de R. Bercovitz .....	510
ii . La propuesta de <i>lege ferenda</i> de Morales Moreno .....	512

**IV . POSIBILIDAD DE UNA DECLARACIÓN DE RESOLUCIÓN CONDICIONADA A LA FALTA DE CUMPLIMIENTO EN UN PLAZO ADICIONAL FIJADO POR EL ACREEDOR.....514**

*A . LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL .....514*

1 . Incertidumbre respecto al carácter “resolutorio” del incumplimiento .....516

*B . LA DECLARACIÓN DE RESOLUCIÓN CONDICIONADA A LA FALTA DE CUMPLIMIENTO: SU LICITUD Y UTILIDAD .....523*

1 . Una *práctica habitual*: la declaración de resolución de la compraventa de inmuebles condicionada al impago del precio ....525

a . La notificación de la resolución en el artículo 1504 CC .....525

b . El pacto de una cláusula resolutoria con concesión de plazo al deudor para cumplir .....530

c . Admisión por la jurisprudencia de una declaración de resolución condicionada a la falta de pago .....534

d . Respaldo doctrinal a esta práctica .....536

*C . LA CONCESIÓN DE UN PLAZO AL DEUDOR EN EL DERECHO COMPARADO .....538*

1 . *SISTEMAS QUE TOMAN COMO PUNTO DE PARTIDA LA RESOLUCIÓN INMEDIATA* .....539

a . La resolución por incumplimiento en el BGB anterior a la reforma de 2001 .....539

b . Influencia de la *Nachfrist* alemana en el Derecho uniforme 544

i . La resolución por incumplimiento en la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías .....545

ii . La terminación del contrato por incumplimiento en los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales y en los Principios de Derecho europeo de los contratos .....552

2 . Sistemas que toman como punto de partida la concesión de un plazo al deudor antes de declarar la resolución .....555

a . La resolución por incumplimiento en el Código de las obligaciones suizo .....556

b . La *Diffida ad adempiere* y la resolución extrajudicial en el artículo 1454 CC italiano .....558

c . La *Nachfrist* en el Proyecto de reforma del Derecho de obligaciones de 1992 y en la reforma del BGB de 2001 .....562

i . La *Nachfrist* en el Proyecto de reforma de 1992 .....562

ii . La *Nachfrist* en el BGB tras la reforma de 2001 .....565

3 . Alcance de ambos sistemas.....	567
<i>D . APUNTES PARA UNA FUTURA REGULACIÓN DE LA NACHFRIST EN DERECHO ESPAÑOL .....</i>	<i>568</i>
<b>V . LA FORMA DE LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO .....</b>	<b>573</b>
<i>A . PRINCIPIO DE LIBERTAD DE FORMA DE LA DECLARACIÓN DE RESOLUCIÓN .....</i>	<i>573</i>
1 . La jurisprudencia y la forma de la declaración de resolución ..	574
2 . La doctrina y la forma de la declaración de resolución .....	577
<i>B . IMPORTANCIA DE LA FORMA DE LA DECLARACIÓN DE RESOLUCIÓN....</i>	<i>578</i>
<i>C . LA FORMA DE LA DECLARACIÓN DE RESOLUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO .....</i>	<i>582</i>
1 . Legislaciones que no establecen requisitos formales para la declaración de resolución .....	582
2 . Legislaciones que prevén la forma escrita para la declaración de resolución .....	585
<i>D . CASOS EN LOS QUE LA DECLARACIÓN DE RESOLUCIÓN DEBE CUMPLIR DETERMINADOS REQUISITOS DE FORMA .....</i>	<i>587</i>
1 . Supuesto de exigencia legal de resolución mediante notificación judicial o notarial: el artículo 1504 CC .....	587
a . La forma judicial de notificación de la resolución .....	588
b . La forma notarial de notificación de la resolución .....	594
c . La forma como requisito esencia	
d . El artículo 1504 CC y la autonomía de la voluntad .....	596
e . Una utilidad accesoria de la forma en el artículo 1504 CC: el acceso de la resolución al Registro de la Propiedad .....	597
i . Acceso al Registro de la Propiedad cuando el pacto resolutorio consta en el Registro .....	599
ii . El <i>no acceso</i> de la declaración de resolución cuando el pacto resolutorio no consta en el Registro de la Propiedad...	603
2 . La exigencia formal para la declaración de resolución establecida convencionalmente.....	605
a . Significado de la forma establecida convencionalmente.....	607
b . Los requisitos de forma para el ejercicio de la resolución establecidos en un contrato de adhesión celebrado entre empresario o profesional y un consumidor o usuario .....	610

**CONCLUSIONES**.....617

**BIBLIOGRAFÍA**.....621

## ABREVIATURAS

AAMN: Anales de la Academia Matritense y del Notariado

ABGB: Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch

ADC: Anuario de Derecho Civil

AGB-Gesetz: Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen  
Geschäftsbedingungen

AR: Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi

Art.(s): Artículo(s)

A.T. : Allgemeiner Teil

BGB: Bürgerliches Gesetzbuch

BGB-KE: Bürgerliches Gesetzbuch Kommissionsentwurf

BGB v. ant.: Bürgerliches Gesetzbuch versión anterior

B.A.: Besonderer Teil

BOE: Boletín Oficial del Estado

BW: Burgerlijk Wetboek

CC: Código civil

CCJC: Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil

CCo: Código de comercio

Cfr.: confrontar

CGPJ: Consejo General del Poder Judicial

CISG: Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías de  
1980

CL: Colección Legislativa

CO: Code des Obligations (suizo)

D: Digesto

Dº: Derecho

DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado

Ed.: edición

EJB: Enclopedia Jurídica Básica

FD: Fundamento de Derecho

FJ: Fundamento jurídico

LAU: Ley de Arrendamientos Urbanos

LCGC: Ley de Condiciones Generales de la COnt ratación

LGDCU: Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios

LEC: Ley de Enjuiciamiento civil

N.E.J.: Nueva Enciclopedia Jurídica

N.J.W.: Neue Juristische Wochenschrift

OL: Oberlandsgerichtshof

P.: Ley de Partida

P(p): página(s)

PECL: Principios de Derecho europeo de los contratos

RCDI: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario

RDBB: Revista de Derecho Bancario y Bursátil

RDC: Rivista di Diritto Civile

RDM: Revista de Derecho Mercantil

RDP: Revista de Derecho Privado

RdPat: Revista de Derecho Patrimonial

RGD: Revista General de Derecho

R.G.L.J.: Revista General de Legislación y Jurisprudencia

RH: Reglamento Hipotecario

Riv. Dir. Comm.: Rivista di Diritto Commerciale

RJC: Revista Jurídica de Cataluña

RN: Reglamento Notarial

RTDC: Revue Trimestrielle de Droit Civil

SFS: Ley de compraventa sueca

SSTS: Sentencias del Tribunal Supremo

STS: sentencia del tribunal supremo

t.: tomo

TS: Tribunal Supremo

ULIS: Ley uniforme sobre compraventa internacional de bienes corporales

UNIDROIT Principles: Principios de UNIDROIT sobre los contratos  
comerciales internacionales

Vid.: véase

Vol.: volumen

VV. AA.: Varios autores





## **INTRODUCCIÓN**



### ***Delimitación del objeto de la tesis***

[001] Cuando uno emprende un análisis sobre la resolución por incumplimiento, enseguida le sale al paso la cuestión de cuándo, bajo qué circunstancias y de acuerdo con qué requisitos es posible proceder a la resolución del contrato por incumplimiento. Ciertamente se trata de un asunto de enorme importancia y de no menor dificultad. Evidentemente no se puede negar que el mismo hace un buen objeto de tesis; y sin embargo, nosotros hemos optado por centrar nuestro análisis en una materia que ha permanecido, en cierta manera, arrinconada por la doctrina, y que no por más olvidada resulta menos trascendente: la forma de ejercicio extrajudicial de la resolución por incumplimiento.

Así como sobre la primera de las cuestiones mencionadas existe abundante bibliografía, sobre nuestra cuestión no puede decirse lo mismo. Nos encontramos ante una materia necesitada de un estudio pormenorizado y profundo, que no puede prescindir del marco de la modernización a la que se está viendo sometido el Derecho de obligaciones.

[002] Los estudios de Derecho comparado sobre la forma de ejercicio de la resolución por incumplimiento suelen partir de la contraposición entre un modelo de **resolución mediante sentencia judicial** y un modelo de **resolución mediante declaración de voluntad del acreedor**<sup>1</sup>. A estos

---

<sup>1</sup> ZWEIGERT, K./KÖTZ, H., *An introduction to comparative Law*, 3ª ed., Oxford, 1998, § 36. III; TREITEL, G.H., *Remedies for Breach of Contract (a comparative Account)*, Oxford, 1988, pp. 323 a 340, núm. 242; SCHLECHTRIEM P., "Terminations of contracts under the Principles", en *Contratti*

dos modelos se les ha unido, recientemente, un tercero, denominado modelo de **resolución automática** o *ipso iure*<sup>2</sup>. En puridad, no se trata de una nueva forma inexistente hasta el momento, sino del reconocimiento de su autonomía respecto a las otras dos formas de resolución.

[003] Esta tesis se consagra al estudio del modelo de resolución aplicado en nuestro ordenamiento en el momento actual.

En **Derecho español**, la regulación de la resolución por incumplimiento responde, aparentemente, al denominado **modelo judicial**, en consonancia con el modelo francés, en virtud del cual la resolución debe ser declarada por el órgano judicial<sup>3</sup>. De hecho, el artículo 1124 CC es fiel reflejo de dicha opción, pues claramente declara que el «perjudicado podrá pedir», y a continuación establece que el «tribunal decretará la resolución que se reclame»<sup>4</sup>. Sin embargo, la resolución por incumplimiento en Derecho español presenta especialidades respecto de la resolución judicial francesa, entre las que destacamos dos. La primera es que el Código civil español limita el *ius variandi* del perjudicado por el incumplimiento: mientras que el artículo

---

*commerciali internazionali e principi UNIDROIT*, a cargo de BONELL, M.J., y BONELLI, F., Milán, 1997, pp. 249 a 269, p. 249; CARBONNIER, J., *Droit civil*, 4, *Les obligations*, 18ª ed., París, 1994, núm. 189; MALAURIE, P. y AYNÈS, L. *Cours de Droit civil*, VI, *Les obligations*, 6ª ed., París, 1995, núms. 737 y 738; en nuestro país, ÁLVAREZ VIGARAY, R., *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, 1986, p. 57.

<sup>2</sup> SCHLECHTRIEM, "Terminations of contracts under the Principles", p. 252.

<sup>3</sup> Así en los comentarios a los Principios de Derecho Contractual Europeo (LANDO, O./BEALE, H., *Principles of European Contract Law. Part I: Performance, Non-performance and Remedies. Prepared by The Commission on European Contract Law*, Dordrecht/Boston/Londres, 1995, p. 176) en las notas de derecho comparado al artículo de los principios que establece que la resolución por incumplimiento opera mediante notificación a la parte incumplidora, contrapone esta solución a la de los sistemas francés, belga, italiano y español, "which at least in general principle require court proceedings to effect termination". En LANDO, O./BEALE, H., *Principles of European Contract Law. Parts I and II, combined and revised. Prepared by The Commission on European Contract Law*, La Haya/Londres/Boston, 2000, pp. 415-416 se especifica que en España "a notice of termination may be effective if it is accepted by the defaulting party".

<sup>4</sup> Nadie discute que en nuestro Código civil la resolución por incumplimiento está impregnada de un carácter eminentemente judicial. Por todos, Díez-Picazo, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, II, *Las relaciones obligatorias*, 5ª ed., Madrid, 1996, p.702.

1184 del Código civil francés admite que el acreedor cambie de opinión y exija el cumplimiento a pesar de que en un primer momento optara por solicitar la resolución, en el marco del artículo 1124 del Código civil español, el perjudicado únicamente podrá variar su petición cuando, habiendo optado por exigir el cumplimiento, éste resultara imposible. La segunda se refiere a la posibilidad de que el juez otorgue plazo, mientras que el Código civil español exige que existan «causas justificadas» que autoricen a señalar un plazo al deudor para que cumpla, en el precepto francés el juez goza de plena discrecionalidad para decidir si procede la concesión de un plazo de gracia al deudor.

Probablemente nadie discuta que nuestro Ordenamiento ha evolucionado en el punto correspondiente al modo de ejercicio de la resolución. Ya en los años sesenta, el profesor Federico de Castro reconocía que a pesar de la similitud existente entre nuestro artículo 1124 CC y el artículo 1184 CC francés, la interpretación del artículo 1124 CC realizada por nuestro Tribunal Supremo había conferido a éste un sentido distinto (más amplio) que el dado al texto francés<sup>5</sup>. Reconocido pues que el modelo del Código civil (que claramente apunta a una resolución judicial), se halla superado; hay corrientes jurisprudenciales, no bien armonizadas entre sí, que lo admiten, y la doctrina, aunque lo discute y no llega a una posición unánime, mayoritariamente está de acuerdo.

La pregunta central de esta tesis no es otra que ésta: **¿A qué modelo responde hoy nuestro sistema?** ¿Al de una resolución judicial? ¿Al de una resolución extrajudicial? ¿A un modelo mixto en que se mezclan ambas?..

---

<sup>5</sup> CASTRO, F. de., "Sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial. Schéma sur le droit espagnol", en *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, XVII, 1964, pp. 99 a 100.

La pregunta es oportuna, teniendo en cuenta que en el momento actual existe una corriente de revisión del Derecho codificado impulsada, en buena medida, en la exigencia de convergencia europea, pero realmente impuesta por la necesidad de revisar Códigos que responden a un sistema adecuado a una sociedad decimonónica pero no a la sociedad actual; Códigos que, por otra parte, formulan reglas bastante distantes de las que realmente se aplican en la evolución del Ordenamiento.

En este contexto es fundamental en el buen funcionamiento de un sistema jurídico, permitir, con cierta flexibilidad aunque con las debidas garantías, la liberación del acreedor insatisfecho para que pueda colocar sus recursos económicos en otra opción contractual. Y para ello es pieza clave el modo de ejercicio de la facultad resolutoria. Un sistema judicial en la sociedad actual resulta excesivamente lento, pero tampoco debemos dejar en manos de los acreedores, sin verificación judicial, el ejercicio de este derecho.

El proceso de convergencia marca también un método de investigación. Hace necesario que trabajemos con ciertos modelos perfilados fuera de nuestro Ordenamiento: son los modelos de Derecho uniforme y los que pueden ofrecernos otros ordenamientos europeos que por sus cualidades intrínsecas servir como núcleo de cristalización de dicha convergencia. El estudio de nuestro tema exige tenerlos en cuenta; y junto a ellos, profundizar con el detalle suficiente en los datos que reflejan la situación actual de nuestro Derecho, en el contexto de una progresiva evolución. Por ello esta tesis nos obliga a manejar dos tipos de materiales; los propios de nuestro ordenamiento pero también de Derecho uniforme y de Derecho comparado europeo. Y para facilitar la tarea futura de la convergencia hemos de identificar nuestro sistema dentro de un orden de modelos.

### ***Plan de trabajo***

[004] La primera parte del trabajo tiene por objeto mostrar que en nuestro Ordenamiento no se ha previsto legalmente la existencia como forma complementaria de resolución, de la denominada resolución automática (únicamente existen casos concretos en los que el legislador la declara). Esta afirmación contrasta con lo defendido por un importante sector doctrinal de nuestro país que sostiene que en Derecho español la resolución automática opera en casos de imposibilidad y de término esencial (capítulos I y II). En este punto no nos olvidaremos de estudiar el funcionamiento de la resolución «de pleno derecho» que prevé nuestro Código civil en el artículo 1505 para la compraventa de bienes muebles, a la que un sector doctrinal ha atribuido, erróneamente a mi juicio, el significado de resolución automática (capítulo III).

En la segunda parte del trabajo expondremos cómo se ha producido el debilitamiento del carácter judicial de la resolución por incumplimiento prevista en el artículo 1124 CC. El papel de los tribunales en este proceso ha sido crucial. Nuestro propósito es demostrar que es posible, conforme a nuestro Derecho, que opere la resolución por declaración unilateral del acreedor. Y así, en el capítulo último del trabajo delimitaremos los rasgos característicos de esta resolución extrajudicial por declaración unilateral del acreedor en nuestro Derecho.

***Consideraciones preliminares sobre los modelos de ejercicio de la resolución por incumplimiento***

[005] Afirma Treitel, con toda razón, que cuando un sistema legal procede a la regulación de la resolución por incumplimiento tiene que alcanzar un equilibrio entre los intereses en juego: en un extremo se sitúa el interés de la parte perjudicada por el incumplimiento (en adelante acreedor), a la que se le reconoce el derecho de resolución; en el otro el de la parte incumplidora (en adelante deudor) a la que se debe dotar de ciertos mecanismos de protección<sup>6</sup>.

Los mecanismos de protección del deudor son muy variados. En primer lugar, está el procedimiento a seguir para que se declare la resolución —obtención de una sentencia judicial o realización de una notificación formal de resolución—; en segundo lugar, las causas o razones por las cuales se puede proceder a la resolución. Éstas aparecen sometidas a restricciones que van dirigidas a cumplir con dicho fin de protección (se exige que el incumplimiento sea de determinada importancia o de cierta entidad)<sup>7</sup>. Por último, aparecen las reglas que reconocen la existencia del derecho de resolución pero limitan su ejercicio.<sup>8</sup>

[006] Antes de comenzar con el núcleo de nuestro trabajo es preciso siquiera hacer una breve presentación preliminar de los esos tres modelos. Empezaremos con los dos ordenamientos más representativos del modelo de resolución judicial: el francés y el italiano. No podemos

<sup>6</sup> TREITEL, *Remedies for Breach of Contract*, núm. 242.

<sup>7</sup> En este punto existe consenso entre los comparatistas al afirmar que constituye un elemento común a todos los sistemas legales (por todos, ZWEIGERT/KÖTZ, *An introduction to comparative Law*, § 36. VI; TREITEL, *Remedies for Breach of Contract*, núm. 259, DÍEZ-PICAZO, L., ROCA, E., MORALES, A.M., *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, 2002, p. 350.



dejar de hacerlo si queremos evitar que nuestro estudio sobre la declaración de resolución extrajudicial acabe falto de contextualización y de criterios de valoración: sólo el conocimiento de la resolución judicial nos permite valorar en su justa medida el significado y alcance de la resolución extrajudicial

[007] El **modelo de resolución judicial** tiene como característica principal que **la resolución es obra de la sentencia judicial que la declara**. Se suele citar al Derecho francés como representativo de este modelo<sup>9</sup>.

La resolución por incumplimiento prevista en el artículo 1184 del CC francés se concibe como una condición resolutoria implícita (*condition résolutoire sous-entendue*) en los contratos sinalagmáticos para el caso de que una de las partes no cumpla lo que le incumbe; dicha condición implícita no provoca la resolución *ope legis* del contrato (*de plein droit*) sino que, ante el incumplimiento, el acreedor puede optar entre exigir el cumplimiento del mismo o la resolución, y en el caso de que opte por esta última necesariamente tiene que demandarla judicialmente (*doit être demandée en justice*)<sup>10</sup>. Ello significa que, para que tenga lugar la resolución del contrato por incumplimiento, son

<sup>8</sup> TREITEL, *Remedies for Breach of Contract*, núm. 242.

<sup>9</sup> TREITEL, *Remedies for Breach of Contract*, p. 323; SCHLECHTRIEM, "Terminations of contracts under the Principles", p. 251; ZWEIGER/KÖTZ, *An introduction to comparative Law*, § 36. III, LANDO/BEALE, *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, p. 415, STANISLAS, G., *Le Droit de résolution dans le contrat de vente. Sanction de l'inexécution des obligations contractuelles. Étude de Droit suisse*, Ginebra, 1979, pp.18 a 20 y en nuestro país, ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, p. 57.

<sup>10</sup> Artículo 1184 CC francés: "La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts. La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances."

necesarios tres presupuestos: el incumplimiento, que el acreedor solicite la resolución y que el juez la declare<sup>11</sup>.

El artículo 1184 CC francés no especifica cuándo es posible acudir al remedio resolutorio, cuándo nos encontramos ante un incumplimiento «resolutorio», únicamente, determina cómo ha de proceder el acreedor para que tenga lugar la resolución del contrato<sup>12</sup>. La falta de delimitación de lo que constituye el incumplimiento, permite fundar la demanda de resolución en cualquier tipo de incumplimiento<sup>13</sup>; no sólo en un incumplimiento total y definitivo, sino también en un retraso en el cumplimiento, en un cumplimiento defectuoso o en un cumplimiento parcial. El legislador francés ha preferido dejar la determinación de si ha existido incumplimiento resolutorio a la apreciación del juez. El juez tiene plenos poderes para decidir si el incumplimiento reviste la suficiente entidad como para justificar el recurso a este remedio atendidas todas las circunstancias concurrentes<sup>14</sup>. El juez ni siquiera se encuentra vinculado por la demanda de resolución presentada por el acreedor, pudiendo, bien desestimar la demanda y condenar al

<sup>11</sup> Como afirma PAULIN, C., respecto del acreedor perjudicado por el incumplimiento, «Il jouit seulement du droit d'agir en justice, c'est à dire «du pouvoir d'obtenir du juge qu'il mette fin à une situation litigieuse par l'application des normes légales». La résolution résulte de la décision de justice, non de sa volonté» (*La clause résolutoire*, París, 1996, p. 178).

<sup>12</sup> TREITEL, *Remedies for Breach of Contract*, núm. 243.

<sup>13</sup> ZWEIGERT/KÖTZ, consideran este aspecto una de las notas características de los Códigos de familia romanista (*An introduction to comparative Law*, § 36. III).

<sup>14</sup> SAVATIER, R., *La théorie des obligations en droit privé économique*, 4ª ed., París, 1979, núm. 180; MALAURIE, P. y AYNÈS, L., *Cours de Droit civil*, VI, *Les obligations*, 6ª ed., núm. 741; TERRÉ, F., SIMLER, P. y LEQUETTE, Y., *Droit civil. Les obligations*, 5ª ed., París, 1993, núm. 630; GHESTIN, J. y BILLIAU, M., afirman que precisamente por los grandes poderes de apreciación de los que dispone el juez es por lo que se justifica que su intervención tenga lugar con carácter previo a la resolución (*Les obligations. Les effets du contrat en Traité de Droit civil*, dirigido por GHESTIN, París, 1992, núm. 418). Una interesante justificación al poder soberano del juez en CASSIN, R., «Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution», *R.T.D.C.*, 1945, pp. 159 a 180, *passim* y especialmente pp. 169 y 170; a favor de este poder soberano se ha pronunciado más recientemente TALLON, D., «L'inexécution du contrat: pour une autre présentation», *R.T.D.C.*, 1994, pp. 223 a 238, p. 233. MAZEAUD/MAZEAUD justifican esta apreciación soberana del juez en el hecho de que la acción de resolución es una acción de responsabilidad, sin embargo, como tendremos ocasión de estudiar (*infra* [196] y [197]) los tribunales franceses admiten la aplicación de la resolución por incumplimiento en casos de fuerza mayor con lo que la justificación de estos autores quedaría sin respaldo (MAZEAUD, H./MAZEAUD, L. por CHABAS, F., *Leçons de Droit civil*, II, vol. 1º, *Obligations, théorie générale*, 8ª ed., París, 1991, núm. 1094).

cumplimiento y/o a la indemnización de daños y perjuicios, bien conceder un plazo de gracia al deudor para que cumpla o bien admitir la demanda y declarar la resolución del contrato, acompañada, cuando proceda, de la indemnización de daños y perjuicios<sup>15</sup>.

El hecho de que la resolución del contrato no tenga lugar hasta que no haya sentencia tiene consecuencias muy importantes. En primer lugar, permite al acreedor que ha presentado una demanda de resolución cambiar de posición y pretender el cumplimiento<sup>16</sup>. Lo mismo sucede si en primer lugar optó por exigir el cumplimiento y a lo largo del proceso cambia de opinión y solicita la resolución<sup>17</sup>.

En segundo lugar, puesto que el contrato subsiste hasta la sentencia resolutoria, el acreedor que ha presentado la demanda de resolución sigue obligado a realizar su propia prestación. Para evitar los inconvenientes de esta situación, los tribunales franceses han permitido el recurso a la denominada *exceptio non adimpleti contractus*<sup>18</sup>, de tal forma que el acreedor puede negarse a cumplir lo que le corresponde fundándose en el incumplimiento del deudor, y sin que esta actitud pueda ser valorada como un incumplimiento propio. Paralelamente, el deudor tiene la posibilidad de ofrecer el cumplimiento de la obligación a lo largo del proceso<sup>19</sup>. Será el juez quien decida, atendidas las

<sup>15</sup> WEIL Y TERRÉ, *Droit civil. Les obligations*, 4ª ed., París, 1986, núm. 487.

<sup>16</sup> PLANIOL, M. y RIPERT, G. por Paul Esmein, *Traité pratique de Droit civil français*, VI, *Les obligations*, Primera parte, París, 1930, núm. 427 y MAZEAUD, H./MAZEAUD, L. por François Chavas, *Leçons de Droit civil*, II, vol. 1º, 18ª ed., núm. 1093.

<sup>17</sup> ZWIEGERT/KÖTZ, *An introduction to comparative Law*, § 36. III.

<sup>18</sup> BÉNABENT, A., *Droit civil. Les obligations*, 4ª ed., París, 1994, núm. 394.

<sup>19</sup> Aunque teóricamente la declaración judicial de resolución del contrato sólo es posible si el acreedor ha hecho un requerimiento de cumplimiento por escrito y a través de *huissier*; en la práctica esta regla ha perdido toda su importancia desde que la *Cour de cassation* decidió que la interposición de una demanda de resolución por sí misma constituía tal requisito (ZWIEGERT/KÖTZ, *An introduction to comparative Law*, § 36. III).

circunstancias, si procede rechazar la resolución solicitada por el acreedor y aceptar el cumplimiento tardío ofrecido por el deudor<sup>20</sup>.

La regla del Derecho francés de resolución por sentencia judicial supone una protección eficaz para el deudor<sup>21</sup>, pero no absoluta. Se ha admitido su inaplicación en determinados casos justificados, en su mayoría, por las dificultades que, a menudo, plantea en el tráfico y los resultados perjudiciales a los que puede dar lugar la exigencia de una sentencia resolutoria: particularmente, el retraso que provoca la necesidad de entablar un procedimiento y la incertidumbre inherente a todo procedimiento judicial<sup>22</sup>. La primera excepción a la regla —y la más importante— la constituye el caso en el que las partes han pactado una cláusula resolutoria expresa, en la que especifican las circunstancias en las que es posible resolver el contrato<sup>23</sup> y la posibilidad de que la resolución tenga lugar por declaración del acreedor (*de plein droit*). Cuando así suceda la resolución podrá tener lugar sin una sentencia que la declare, bastando para producirla la declaración de voluntad del acreedor<sup>24</sup>. La segunda excepción la encontramos en el ámbito del contrato de compraventa, en concreto, en la compraventa de bienes muebles que han de ser recogidos por el comprador en una fecha concreta; en estos casos, si el comprador no se presenta en la fecha

<sup>20</sup> CARBONNIER, *Droit civil*, 4, 18ª ed., núm. 187; BÉNABENT, *Droit civil*, 4ª ed., núm. 395; TERRE, SIMPLER y LEQUETTE (*Droit civil*, 5ª ed., núm. 630); PLANIOL y RIPERT por Paul Esmein, *Traité pratique de Droit civil français*, VI, núm. 429; MARTY, G., y RAYNAUD, P., consideran que esta solución no es satisfactoria (*Droit civil. Les obligations*, 1, "Les sources", 2ª ed., París, 1988, núm. 330) y en términos semejantes se pronuncian MALAURIE, P. y AYNÈS, L., (*Cours de Droit civil*, VI, 6ª ed., núm. 741)

<sup>21</sup> Así lo resalta TREITEL, *Remedies for Breach of Contract*, núm. 244.

<sup>22</sup> *Idem*.

<sup>23</sup> De esta manera se resuelve la incertidumbre inherente a la resolución judicial en la que no es fácil prever si el juez va a considerar que un determinado incumplimiento carece de importancia y por tanto procede denegar la resolución (ZWEIGERT/KÖTZ, *An introduction to comparative Law*, § 36. III.

<sup>24</sup> Para que una cláusula resolutoria de pleno derecho permita a las partes sustraer la resolución de un contrato a la apreciación de los jueces debe expresarse de manera inequívoca, de lo contrario los jueces recobran su poder de apreciación (S. de la Cour de Cassation, chambre première, 25 de noviembre de 1986: *RTD civ.*, 1987, observaciones MESTRE, p. 313; S. 7 de diciembre de 1988: *Bull.*

pactada<sup>25</sup>, la resolución opera por simple declaración del vendedor (art. 1567 CC francés, *vid. infra* [292-296]). Y la tercera excepción ha sido reconocida por la jurisprudencia francesa, que ha admitido la ruptura unilateral del contrato en supuestos en los que una parte contratante ha incumplido gravemente sus obligaciones y el mantenimiento del contrato produciría un perjuicio irreparable al acreedor. En su origen esta excepción se aplicaba a los casos en que un empleado había cometido un incumplimiento de tal entidad que se consideraba justificado que el empleador lo despidiera sin esperar a la existencia de una sentencia judicial; de ahí se ha ampliado a otros tipos de contratos, así como a los casos en los que el deudor ha declarado su negativa a cumplir<sup>26</sup>. En todos estos casos, el acreedor actúa a su propio riesgo, pues se enfrenta a la posibilidad de que con posterioridad los tribunales consideren que no existía un incumplimiento suficiente que justificase la resolución declarada por él.

La resolución judicial también está prevista en los Códigos civiles de Bélgica y Luxemburgo; en ambos, el artículo 1184 regulan la resolución por incumplimiento de forma idéntica a la francesa.

El caso italiano es especial. El Código civil italiano de 1865 establecía en su artículo 1165 una resolución judicial semejante a la francesa. Sin embargo, el Código civil de 1942, aun manteniendo la resolución judicial, presenta importantes novedades: (a) presenta especialidades en la regulación de la resolución judicial, y (b) admite en algunos casos la resolución extrajudicial.

(a) El artículo 1453 CC italiano<sup>27</sup> —que reconoce la resolución del contrato por incumplimiento—, en su apartado primero otorga al acreedor el

---

civ. III, nº 176). Un estudio detallado de la cláusula resolutoria expresa se encuentra en PAULIN, *La clause résolutoire*.

<sup>25</sup> TREITEL, se muestra sorprendido del trato especial que recibe este supuesto frente al caso en el que el incumplimiento del comprador consista en la falta de pago del precio que se rige por lo dispuesto con carácter general en el artículo 1184 CC francés. Además pone de relieve que el vendedor no suele hacer uso de este derecho inmediato de resolución que le confiere el artículo 1657 (*Remedies for Breach of Contract*, núm. 244).

<sup>26</sup> *Idem*.

<sup>27</sup> Artículo 1453 CC italiano: "Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno.

derecho a optar entre la resolución y el cumplimiento del contrato, aunque, a continuación, restringe su *ius variandi*. El acreedor puede comenzar con una demanda de cumplimiento y no existe ningún inconveniente para que la transforme en una demanda de resolución; pero no sucede lo mismo cuando en un primer momento el acreedor opta por solicitar la resolución, en ese caso, se le cierra la posibilidad de acudir al remedio del cumplimiento (artículo 1453.II CC italiano). Paralelamente, una vez presentada la demanda solicitando la resolución del contrato, desaparece la posibilidad de que el deudor cumpla con su obligación.

Otra de las notas caracterizadoras de la resolución judicial italiana es que, aun reconociendo el poder del juez de apreciar la existencia del incumplimiento, no se le reconoce la facultad de otorgar un plazo de gracia al deudor (la concesión de un plazo al deudor sólo se contempla en la resolución extrajudicial del artículo 1454 CC italiano)<sup>28</sup>.

(b) El legislador italiano, consciente de que la resolución judicial no es muy práctica<sup>29</sup>, ha previsto importantes excepciones a ésta: en primer lugar, admite la resolución extrajudicial en caso de incumplimiento, siempre que el acreedor otorgue por escrito un plazo razonable al deudor para que cumpla, y le anuncie que transcurrido dicho plazo de forma infructuosa el contrato quedará sin más requisitos resuelto (art. 1454 CC italiano)<sup>30</sup>; en segundo lugar, en los casos en los que se haya pactado una cláusula resolutoria expresa (*clausola risolutiva espressa*), la resolución operará por declaración de la parte afectada por el incumplimiento (art. 1456 CC italiano); y en tercer lugar, tampoco es necesaria una sentencia para que la resolución tenga lugar en los contratos sometidos a término esencial (*termine essenziale*) conforme a lo previsto en el artículo 1457 CC italiano (*vid.* [225-232]).

[008] En contraste con el modelo descrito, en el **modelo de resolución mediante declaración del acreedor** la resolución por incumplimiento se produce precisamente fuera del proceso, por simple declaración de voluntad del acreedor perjudicado por el incumplimiento<sup>31</sup>. Se suele citar

---

La risoluzione può essere domandata anche quando il giudizio è stato promosso per ottenere l'adempimento; ma non può più chiedersi l'adempimento quando è stata domandata la risoluzione. Dalla data della domanda di risoluzione l'inadempimento non può più adempiere la propria obbligazione."

<sup>28</sup> ZWEIGERT/KÖTZ, *An introduction to comparative Law*, § 36. III.

<sup>29</sup> *Idem*.

<sup>30</sup> Artículo 1454 CC italiano: "Alla parte inadempiente l'atra può intimare per iscritto di adempiere in un congruo termine, con dichiarazione che, decorso inutilmente detto termine, il contratto s'intenderà senz'altro risoluto.

*Il termine non può essere inferiore a quindici giorni, salvo diversa pattuizione delle parti o salvo che, per la natura dell contratto o secondo gli usi, risulti congruo un termine minore.*

*Decorso il termine senza che il contratto sia stato adempiuto, questo è risoluto di diritto."*

<sup>31</sup> TREITEL, *Remedies for Breach of Contract*, p. 329,. En este sentido se afirma que la declaración de resolución es unilateral y recepticia (JANBEN, F. "§ 349 BGB", núm. 1, en *Münchener*

como modelo de este tipo de resolución el Derecho alemán. Sabido es que el Código civil alemán (en adelante BGB) ha experimentado recientemente una transformación (a través de la *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts* aprobada el 26 de noviembre de 2001, y cuya fecha de entrada en vigor es el 1 de enero de 2002). Como en este momento no nos interesa tanto recoger el derecho vigente en Alemania, cuanto perfilar el modelo, haré referencia tanto a la versión anterior (que denominaremos BGB v. ant.) como a la actual del BGB.

El BGB de 1896 (que entró en vigor el 1 de enero de 1900) ya era representativo de esta forma de resolución extrajudicial. El § 349 BGB, que se mantiene en vigor, consideraba la resolución como un acto del acreedor que se realiza mediante una declaración de voluntad dirigida al deudor<sup>32</sup>, que produce efectos cuando llega a éste y tiene carácter irrevocable. Este precepto no establece cuándo puede el acreedor declarar la resolución. Esto se determina en función del tipo de incumplimiento que tenga lugar ya que el BGB v. ant. no contempla un concepto unitario de incumplimiento sino que el mismo gira en torno a dos manifestaciones: la **imposibilidad** (*Unmöglichkeit*) y la **mora** (*Verzug*).

En los casos de imposibilidad, ésta no da lugar en todo caso a la resolución. Sólo se admite la resolución por incumplimiento (*Rücktritt*) cuando la **imposibilidad de la prestación es imputable al deudor** (*Vom Schuldner zu vertretendes Unmöglichwerden*). En este caso, conforme a

---

*Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, II, *Schuldrecht A.T.*, (§§ 241-432), 3ª ed., Munich, 1994, pp. 1414 a 1416 y EMMERICH, V., "§ 325", núm. 46 en *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, II, *Schuldrecht A.T.* (§§ 241-432), 3ª ed., Munich, 1994, pp. 1196 a 1230).

<sup>32</sup> TREITEL, *Remedies for Breach of Contract*, pp. 327 y ss., STANISLAS, *Le Droit de résolution dans le contrat de vente*, pp. 14 y ss. y en nuestro ordenamiento, se refiere a esta otra forma de concebir la resolución, ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, p. 57.

lo previsto en el § 325 BGB v. ant.<sup>33</sup>, el acreedor dispone inmediatamente del **derecho a resolver el contrato** (*Rücktrittsrecht*)<sup>34</sup>.

Por el contrario, si la prestación del deudor deviene imposible como consecuencia de una **circunstancia no imputable ni al deudor ni al acreedor** (*Nicht zu vertretendes Unmöglichwerden*), el deudor queda liberado de su deber de prestación (§ 275 (1) BGB v. ant.<sup>35</sup>) y **pierde la pretensión a la contraprestación**, según lo previsto en el § 323 BGB v. ant.<sup>36</sup>. La desvinculación contractual prevista en este precepto es conocida por la doctrina como *ipso iure Auflösung* (*infra* [050]). En el

<sup>33</sup> § 325 BGB v. ant.: "(1) Wird die aus einem gegenseitigen Verträge dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, unmöglich, so kann der andere Teil Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Verträge zurücktreten. Bei teilweiser Unmöglichkeit ist er, wenn die teilweise Erfüllung des Verträge für ihn kein Interesse hat, berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 zu verlangen oder von dem ganzen Vertrag zurückzutreten. Statt des Anspruchs auf Schadensersatz und des Rücktrittsrechts kann er auch die für den Fall des § 323 bestimmten Rechte geltend machen.

(2) Das gleiche gilt in dem Falle des § 283, wenn nicht die Leistung bis zum Ablaufe der Frist bewirkt ist."

<sup>34</sup> La resolución del contrato no es el único remedio del que dispone el acreedor: en realidad dispone de una cuádruple opción. Según lo previsto en el § 325 BGB v. ant.<sup>34</sup> puede optar entre: 1) solicitar una indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento (*Schadensersatz wegen Nichterfüllung*) manteniendo el contrato; 2) declarar la resolución del contrato (*Rücktritt*) con los correspondientes efectos restitutorios especialmente regulados en los §§ 346 a 348 BGB v. ant.; 3) invocar la extinción del derecho del deudor a exigir la contraprestación conforme a lo previsto en el § 323 (1) BGB v. ant.), que tiene unos efectos distintos a los de la resolución, pues sus efectos restitutorios se rigen por las reglas del enriquecimiento injusto (§§ 812 y ss.); 4) reclamar el *commodum* sustitutivo del § 281 BGB tal y como prevé el § 323 (2) BGB v. ant. Respecto de esta última opción, apunta MEDICUS que esta vía no ofrece más ventajas para el acreedor que las que le ofrece la resolución, e incluso más inconvenientes, puesto que si él ha cumplido sólo puede pedir la restitución por la vía del enriquecimiento injusto. (MEDICUS, *Schuldrecht*, I, A.T., 11ª ed, Munich, 1999, § 42.III.3, núm. 497).

<sup>35</sup> § 275 BGB v. ant.: "(1) Der Schuldner wird von der Verpflichtung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintreten Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird.

Sin olvidar que el § 279 BGB v. ant. establece que si el objeto debido está determinado sólo según su pertenencia a un género, en tanto la prestación del género sea posible, el deudor responde de su imposibilidad aunque no le sea imputable culpa alguna.

<sup>36</sup> § 323 BGB v. ant.: "(1) Wird die aus einem gegenseitigen Verträge dem einem teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung; bei teilweiser Unmöglichkeit mindert sich die Gegenleistung nach Maßgabe der §§ 472, 473.

(2) Verlangt der andere Teil nach § 281 Herausgabe des für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruchs, so bleibt er zur Gegenleistung verpflichtet; diese mindert sich jedoch nach Maßgabe der §§ 472, 473 insoweit, als der Wert des Ersatzes oder des Ersatzanspruchs hinter dem Werte der geschuldeten Leistung zurückbleibt.

(3) Soweit die nach diesen Vorschriften nicht geschuldete Gegenleistung bewirkt ist, kann das Geleistete nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden"



caso de que la imposibilidad de la prestación del deudor sea imputable al acreedor (*Vom Gläubiger zu vertretendes Unmöglichwerden*), el deudor queda liberado de su obligación (§ 275 (1) BGB v. ant.), pero conforme a lo previsto en el § 324 (1) BGB v. ant.<sup>37</sup> puede pretender la contraprestación del acreedor<sup>38</sup>.

La doctrina alemana amplía la aplicación de las normas de la imposibilidad a los denominados «negocios a fecha fija absolutos»<sup>39</sup>.

2. La otra manifestación del incumplimiento presente en el BGB de 1900 es la **mora**. La cuestión es ésta: ¿es posible resolver el contrato en caso de mora o, por el contrario, estando abierta en la mora la vía del cumplimiento, no es posible resolver?

Según lo previsto en el 326 BGB v. ant.<sup>40</sup>, aunque el deudor se encuentre en mora (que siempre debe serle imputable), el acreedor no puede, por regla general, proceder directamente a la declaración de la resolución. Este precepto impone al acreedor, para resolver el contrato en caso de mora, que realice un requerimiento de cumplimiento al deudor, otorgándole en el mismo un plazo para cumplir<sup>41</sup>. Una vez

<sup>37</sup> § 324 BGB v. ant.: (1) Wird die aus einem gegenseitigen Verträge dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den der andere Teil zu vertreten hat, unmöglich, so behält er den Anspruch auf die Gegenleistung. Er muß sich jedoch dasjenige anrechnen lassen, was er infolge der Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterläßt.

(2) das gleiche gilt, wenn die dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu einer Zeit unmöglich wird, zu welcher der andere Teil im Verzuge der Annahme ist."

<sup>38</sup> La contraprestación del acreedor se reduce en la medida en que el deudor se ahorra unos gastos por no tener que realizar su contraprestación. Con ello se evita que el deudor quede colocado en una situación mucho más favorable de la que se encontraría si se hubiese ejecutado el contrato regularmente.

<sup>39</sup> *Vid. infra* [207 y 208].

<sup>40</sup> § 326 BGB v. ant.: "(1) Ist bei einem gegenseitigen Verträge der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge, so kann der andere Teil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist ist er berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Verträge zurückzutreten, wenn nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt ist; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Wird die Leistung bis zum Ablaufe der Frist teilweise nicht bewirkt, so findet die Vorschrift des § 325 Abs. 1 Satz 2 entsprechende Anwendung.

(2) Hat die Erfüllung des vertrages infolge des verzugs für den anderen Teil kein Interesse, so stehen ihm die im Absatz 1 bezeichneten Rechte zu, ohne daß es der Bestimmung einer Frist bedarf."

<sup>41</sup> *Vid. infra* [542]

transcurrido el plazo adicional sin que el deudor haya realizado su prestación, el acreedor puede optar entre exigir una indemnización de daños por el incumplimiento o la resolución del contrato<sup>42</sup>. Si opta por la resolución del contrato, ésta tiene lugar mediante declaración del acreedor dirigida al deudor (§ 349 BGB).

El sistema diseñado en el § 326 (1) BGB v. ant., que acabamos de exponer, aunque permite que el acreedor resuelva por sí mismo el contrato, también ofrece al deudor cierta protección. Esta protección es doble: por un lado, le permite disfrutar de un plazo «extra» para cumplir; y por otro, impide al acreedor exigir el cumplimiento una vez que ha transcurrido dicho plazo, con lo que el deudor puede disponer de su propia prestación, es decir, el deudor puede contar con que, transcurrido el plazo no se le puede exigir la prestación: ya que, o bien se declarará la resolución del contrato o bien se le exigirá una indemnización de daños por el incumplimiento.

Curiosamente, otros ordenamientos que también contemplan la posibilidad de que el acreedor resuelva el contrato después de otorgar un plazo adicional al deudor para que cumpla, no protegen al deudor en la misma medida que lo hace el Código civil alemán<sup>43</sup>. Así, por ejemplo, el Código civil austriaco (§ 918 ABGB) no declara expresamente que el acreedor pierda la pretensión de cumplimiento una vez que transcurra el plazo sin que el deudor cumpla y el Código de las obligaciones suizo (art. 107 CO) expresamente prevé lo contrario, es decir, que después del transcurso infructuoso del plazo adicional otorgado para que el deudor cumpla, el acreedor todavía dispone de la opción de reclamar el cumplimiento o resolver el contrato. Ello significa que el acreedor no está obligado a aceptar el cumplimiento tardío aunque está autorizado para exigirlo. Ésta es la solución por la que también se ha optado en el moderno Derecho uniforme

<sup>42</sup> Desaparecida la pretensión de cumplimiento del acreedor y la pretensión a la contraprestación del deudor, la relación obligatoria queda transformada en una situación de pendencia hasta que el acreedor decida cuál de los dos remedios (resolución o indemnización) elige. Aunque no existe un plazo para que el acreedor ejercite la opción, según lo previsto en el § 355 BGB al que se remite el § 327 BGB el deudor puede fijar al acreedor un plazo razonable para que ejercite el derecho de resolución. Si el acreedor deja transcurrir el plazo desaparece el derecho de resolución y únicamente le queda la posibilidad de reclamar la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento.

<sup>43</sup> Vid. TREITEL, *Remedies for Breach of Contract*, núm. 245.

(Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías, Principios de Derecho Contractual Europeo, Principios sobre los Contratos Comerciales de UNIDROIT) y en el BGB tras la reforma de 2001.

La regla general conforme a la cual, en caso de mora del deudor, el acreedor tiene que conceder un plazo al deudor para que cumpla antes de poder declarar la resolución, tiene dos excepciones<sup>44</sup>; la primera está regulada en el **§ 326 (2) BGB v. ant.** para los casos en que, como consecuencia de la mora, **el acreedor ya no tiene ningún interés en el cumplimiento**<sup>45</sup>; la segunda excepción se encuentra en el **§ 361 BGB v. ant.** que regula los denominados «negocios a fecha fija relativos» (*relative Fixgeschäfte*)<sup>46</sup>.

### **Tratamiento de la resolución tras la modernización del Derecho de obligaciones en el BGB.-**

Ya desde los primeros años de aplicación del BGB se puso de relieve que la noción del incumplimiento reducida a dos de sus manifestaciones, **imposibilidad** y **mora** era deficiente. Sin embargo, ha tenido que pasar más de un siglo para que se produjera una modificación legislativa. El Código civil alemán ha sido reformado recientemente. Como decíamos antes, con fecha de 26 de noviembre de 2001 se ha aprobado la Ley para la modernización del derecho de obligaciones (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*) que ha entrado en vigor el 1 de enero de 2002. En esta importantísima reforma del Código civil alemán se ha visto afectada la resolución por incumplimiento. Por eso vamos a referirnos a ella, sin olvidar que con anterioridad existió un importante proyecto de reforma que se inició en los años setenta y que

<sup>44</sup> Sin olvidar los casos de negocios a fecha fija absolutos son equiparados por la doctrina a los casos de imposibilidad (vid. *supra* [207 y 208]

<sup>45</sup> Más detalles vid. *infra* [204, 206, 543].

finalmente fue abandonado, pero cuyos trabajos de elaboración han constituido un valioso elemento para la reforma definitivamente operada<sup>47</sup>.

Tanto el proyecto de reforma, que fue abandonado, como la definitiva reforma de 2001 responden a un modelo de resolución por incumplimiento que tiene lugar **mediante declaración unilateral del acreedor**, en ambos casos se mantiene inalterado el § 349 BGB. A pesar de ello, las diferencias con el Código civil de 1900 son notables.

1. Mientras que el BGB de 1900 contempla un número importante de supuestos de desvinculación del contrato (*Aufhebung*) con presupuestos de ejercicio distintos y consecuencias jurídicas diferentes, el **proyecto elaborado por la Comisión para la reforma del Derecho de obligaciones** publicado en 1992 engloba todos estos supuestos en una norma central que de forma unitaria prevé la resolución del contrato como remedio jurídico para todos los casos de incumplimiento o lesión de la obligación que tenga su origen en el contrato. Es lo que denomina «resolución por lesión o violación de la prestación» (*Rücktritt bei Pflichtverletzung*). Dicha norma es el § 323 de proyecto de BGB de la Comisión (en adelante BGB- KE).

Los elementos más característicos de la resolución por incumplimiento prevista en el § 323 BGB-KE son, básicamente: (1) que la resolución por incumplimiento no se apoya, como hasta entonces, en la noción de imposibilidad o retraso imputable al deudor, sino de **incumplimiento** o en terminología de la Comisión «lesión de la prestación» (*Pflichtverletzung*); (2) que el recurso al remedio resolutorio **es independiente de si el deudor es responsable del incumplimiento**;

---

<sup>46</sup> Más detalles *vid. infra* [203-206-].

<sup>47</sup> En 1984 se creó oficialmente una Comisión para la reforma del Derecho de obligaciones alemán cuyo informe final fue presentado en 1991 y publicado en 1992 por el Ministerio de Justicia alemán con el título, *Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*.

(3) que aunque el acreedor opte por la resolución del contrato, además puede reclamar la **indemnización de daños y perjuicios**; y (4) que se da primacía al mantenimiento del contrato y su cumplimiento, lo cual se asegura estableciendo como regla general, en el § 323 (1) BGB-KE, que antes de que el acreedor pueda declarar la resolución del contrato por incumplimiento es necesario que **otorgue un plazo adicional al deudor para que cumpla**; o bien, si de acuerdo con el tipo de incumplimiento no procede la fijación de un plazo, en su lugar deberá realizar un aviso o denuncia previa (*Abmahnung*)<sup>48</sup>. A continuación, el § 323 (2) BGB-KE contempla una serie de supuestos en los que el acreedor puede **declarar inmediatamente la resolución** sin necesidad de conceder previamente un plazo al deudor ni de aviso previo<sup>49</sup>(*vid. infra* [568]).

2. En la **nueva redacción del BGB**, operada con la reforma aprobada el 26 de noviembre de 2001, aunque se siguen las líneas apuntadas por la Comisión para la reforma del Derecho de obligaciones, se introducen importantes modificaciones. La imposibilidad deja de tener un papel fundamental en la regulación del incumplimiento pero, a diferencia de la propuesta de la Comisión, se regula de forma separada la resolución por incumplimiento en los casos en los que todavía es posible cumplir y la resolución en caso de imposibilidad.

<sup>48</sup> § 323 BGB-KE: "(1) Verletzt der eine Teil eine Pflicht aus einem gegenseitigen Vertrag, so kann der andere Teil nach erfolglosem Ablauf einer von ihm bestimmten angemessenen Frist vom Vertrag zurücktreten, wenn der Schuldner auf Grund der Fristsetzung mit dem Rücktritt rechnen mußte. Kommt nach der Art der Pflichtverletzung eine Fristsetzung nicht in Betracht, so tritt an deren Stelle eine Abmahnung. Beschränkt sich die Pflichtverletzung auf einen Teil der Leistung, so kann der Gläubiger vom ganzen Vertrag nur zurücktreten, wenn er an einer Teilleistung kein Interesse hat."

Desaparece el requisito previsto en el § 326 BGB v. ant. puesto a cargo del acreedor conforme al cual se le exige que junto a la concesión de plazo adicional al deudor realice una amenaza de rechazar el cumplimiento (*Ablehnungsandrohung*).

<sup>49</sup> § 323 BGB-KE: "(2) Der Bestimmung einer Frist oder der Abmahnung bedarf es nicht, wenn

1. offensichtlich ist, daß sie keinen Erfolg hätten;
2. die Pflichtverletzung darin besteht, daß die Leistung zu einem im Vertrag bestimmten Termin oder innerhalb einer im Vertrag bestimmten Frist unterbleibt und der Gläubiger im Vertrag den Fortbestand seines Leistungsinteresses an die Rechtzeitigkeit der Leistung gebunden hat;

Una vez expuestos los rasgos generales del nuevo BGB, conviene analizar algunos aspectos concretos de la reforma, tal como se perfilan en los preceptos correspondientes. El **§ 323 BGB** es el precepto central de la resolución, viene a sustituir al § 326 BGB v. ant. y figura bajo el rótulo «resolución por prestación no realizada o no realizada conforme a derecho» (*Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung*). Conforme a lo previsto en el § 323 (1) BGB, como regla general, el acreedor puede resolver el contrato cuando el deudor sigue adeudando la prestación **después de transcurrido, infructuosamente, el plazo adicional fijado por el acreedor**<sup>50</sup>. A continuación se establece una serie de supuestos en los que la fijación del plazo es prescindible, bastando con realizar un aviso (*Abmahnung*)<sup>51</sup>; (*vid. infra* [571]). La posibilidad de acudir al remedio resolutorio, al igual que en el proyecto de la Comisión, es **independiente de que el incumplimiento sea o no imputable al deudor** (no es necesario que se encuentre en mora), a no ser que la falta de cumplimiento sea imputable al propio acreedor o se haya puesto de manifiesto cuando éste se encontraba en *mora creditoris* (§ 323 (4) BGB).

La imposibilidad, sea o no imputable al deudor, recibe un tratamiento especial en el nuevo **§ 326 BGB**.

- 
3. aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der sofortige Rücktritt gerechtfertigt ist."

<sup>50</sup> § 323 (1) BGB: "Erbringt bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß, so kann der Gläubiger, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat, vom Vertrag zurücktreten."

<sup>51</sup> § 323 BGB: " (2) Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn

1. der Schuldner die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert,
2. der Schuldner die Leistung zu einem im Vertrag bestimmten Termin oder innerhalb einer bestimmten Frist bewirkt und der Gläubiger im Vertrag den Fortbestand seines Leistungsinteresses an die Rechtzeitigkeit der Leistung gebunden hat oder
3. besondere Umstände vorliegen, die unter Abwägung der beiderseitigen Interessen den sofortigen Rücktritt rechtfertigen."

(3) Kommt nach der Art der Pflichtverletzung eine Fristsetzung nicht in Betracht, so tritt an deren Stelle eine Abmahnung."

El § 326 BGB se ocupa de los casos en los que el acreedor no puede reclamar la prestación del deudor en virtud del § 275 BGB (bien por imposibilidad, bien por otros motivos)<sup>52</sup>. Conforme a lo previsto en el primer apartado del § 326 BGB, el deudor que ha quedado liberado de su obligación, pierde su pretensión a la contraprestación del acreedor<sup>53</sup> (a no ser que el acreedor sea el único responsable de la circunstancia que hace imposible el cumplimiento, o ésta tenga lugar cuando se encuentra en *mora creditoris*)<sup>54</sup>. Y el acreedor, según dispone el § 326 (5) BGB, puede resolver el contrato conforme a lo previsto en el § 323 BGB, sin necesidad de fijar un plazo al deudor<sup>55</sup>.

En definitiva, en la nueva redacción del BGB, la figura de la resolución por incumplimiento abarca más supuestos que en el Código de 1900, entre otras razones porque ya no se exige que el incumplimiento sea imputable al deudor. Actualmente está regulada en los §§ 321 y ss BGB y sigue operando sin necesidad de acudir a los tribunales, mediante declaración del acreedor dirigida al deudor conforme al § 349 BGB. La regla general es que antes de poder declarar la resolución por incumplimiento es necesario conceder un plazo adicional al deudor para que cumpla a no ser que la concesión del plazo carezca de sentido. Como novedad importante hay que destacar que el remedio resolutorio es compatible con la indemnización de daños y perjuicios (§ 324 BGB).

<sup>52</sup> Figura bajo el rótulo "Befreiung von der Gegenleistung und Rücktritt beim Ausschluss der Leistungspflicht".

<sup>53</sup> § 326 (1) BGB: "Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten, entfällt der Anspruch auf die Gegenleistung (...)"

<sup>54</sup> De ser así, el deudor conserva su derecho a la contraprestación aunque se le debe imputar lo que se ha ahorrado por haberse visto liberado de su propia prestación (§ 326 (2) BGB).

<sup>55</sup> § 326 (5) BGB: "Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten, kann der Gläubiger zurücktreten; auf den Rücktritt findet § 323 mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, dass die Fristsetzung entbehrlich ist."

[009] Junto a los modelos de resolución mediante decisión judicial, y declaración unilateral del acreedor, es posible hablar de un tercer **modelo, de resolución automática**, caracterizado porque la resolución opera por efecto de la ley, *ipso iure* u *ope legis*, cuando se reúnen determinados requisitos<sup>56</sup>. Lo más destacable en este caso es que la resolución tiene lugar sin que sea necesaria la actividad del acreedor, es decir, sin que tenga que presentar una demanda solicitándola o hacer una declaración en tal sentido al deudor.

A diferencia de lo que sucede en los otros dos modelos, en éste no existe un ordenamiento jurídico que establezca, como regla general, para los casos de incumplimiento, una resolución automática. A lo más, se prevé este modo de operar la resolución en algunos ordenamientos para casos concretos. La explicación es muy sencilla: la resolución no puede ser automática de modo general porque, aunque exista incumplimiento, no se le puede imponer al acreedor para todo tipo de supuestos el remedio resolutorio; éste puede preferir optar por mantener el contrato y exigir el cumplimiento o la indemnización de daños y perjuicios si procede. El establecimiento, por regla, de una resolución automática sería perjudicial para los intereses del propio acreedor.

Sí puede ser adecuado, establecer la extinción automática del contrato cuando el acreedor no disponga de ningún otro remedio. Nótese que nos referimos a «extinción» porque, en estos casos, los ordenamientos no siempre acuden al expediente de la resolución. Así veremos que algunos ordenamientos prevén una resolución automática (o mejor dicho, una extinción automática del contrato) para los casos de imposibilidad no imputable al deudor y para los casos de término esencial.

---

<sup>56</sup> SCHLECHTRIEM, "Terminations of contracts under the Principles", pp. 249, 251 y 252.



Para explicar este tipo de resolución no vamos a acudir a los ordenamientos nacionales sino que vamos a tomar como modelo un texto de Derecho uniforme, la Ley Uniforme de Compraventa Internacional de 1964 (en adelante *ULIS*) que contempla una resolución denominada **resolución *ipso facto***. Esta elección no es caprichosa sino que se corresponde con la atención que a la misma ha prestado autorizada doctrina comparatista y el papel relevante que se le otorga como modelo de resolución automática<sup>57</sup>.

El **artículo 25 de la *ULIS***<sup>58</sup> establece que en el caso de que el vendedor no haya cumplido su obligación de entrega en el lugar o en la fecha prevista, el comprador no tiene derecho a exigir al vendedor el cumplimiento del contrato si es razonablemente posible y conforme a los usos una compraventa de reemplazo. En este caso tiene lugar una resolución automática (*ipso facto avoidance*).

Algo semejante prevé el **artículo 61 (2) de la *ULIS***<sup>59</sup> para el caso en el que el comprador no se presente a realizar el pago. Si resulta razonablemente posible y conforme a los usos una reventa por el vendedor de la cosa objeto del contrato, el vendedor no podrá exigir el cumplimiento y el contrato quedará automáticamente resuelto (*ipso facto avoidance*).

---

<sup>57</sup> TREITEL, *Remedies for Breach of Contract*, núm. 280; SCHLECHTRIEM, "Terminations of contracts under the Principles", p. 252. En nuestro país, CLEMENTE MEORO, M. *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1998, núm. 65.

<sup>58</sup> Artículo 25 *ULIS*: "The buyer shall not be entitled to require performance of the contract by the seller, if it is in conformity with usage and reasonably possible for the buyer to purchase goods to replace those to which the contract relates. In this case the contract shall be *ipso facto* avoided as from the time when such purchase should be effected."

<sup>59</sup> Artículo 61 (2) *ULIS*: "The seller shall not be entitled to require payment of the price by the buyer if it is in conformity with usage and reasonably possible for the seller to resell the goods. In that case the contract shall be *ipso facto* avoided as from the time when such resale should be effected."



## **PARTE PRIMERA**

### **EL MODELO DE RESOLUCIÓN AUTOMÁTICA**



[011] Al modelo de resolución automática ya me he referido en la Introducción. Ahora conviene perfilar con mayor precisión lo que equivale a este modelo. La primera cuestión con la que nos enfrentamos al referirnos a la resolución automática es precisar con exactitud qué hemos de entender por tal, pues el término **resolución automática** puede resultar equívoco.

En la elaboración de las normas de Derecho uniforme, los expertos pusieron de relieve que el término **resolución automática** puede ser entendido de diversas maneras, dependiendo de la concepción jurídica que se tenga de la resolución por incumplimiento<sup>1</sup>. Mientras que para un jurista alemán resolución automática es la que **opera ope legis, al margen de la voluntad del acreedor**, e incluso en contra de ella, para un jurista francés, la resolución automática o «de pleno derecho» **tiene lugar por simple declaración unilateral del acreedor**, en contraposición a la que se produce por obra de los tribunales.

Nosotros, al adoptar la terminología **resolución automática** nos hemos quedado con su acepción más moderna: resolución que opera *ope legis*, al margen de la voluntad de las partes.

[012] Nuestro cometido en esta Primera parte del trabajo es comprobar si este tipo de resolución tiene cabida en nuestro Ordenamiento, y de ser así, en qué supuestos.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que en Derecho español, en ocasiones, se ha hecho referencia a la resolución por incumplimiento del artículo 1124 CC como una **condición resolutoria implícita**, ello podría

---

<sup>1</sup> HONNOLD, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, p. 86.

hacer pensar que la resolución por incumplimiento opera como una verdadera condición, de forma automática y al margen de la voluntad del acreedor. Sin embargo, la resolución por incumplimiento prevista en el artículo 1124 CC depende de la voluntad del acreedor y nunca opera al margen de ésta (*Capítulo I*). Una simple lectura del segundo apartado de este precepto lo deja claro: “El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos”. Tal opción presupone el juego de la voluntad. Esta regla general de resolución por voluntad del acreedor no tiene más excepciones en nuestro Derecho que las previstas legalmente.

[013] Aunque, a nuestro modo de ver, en el Ordenamiento español no tiene cabida una resolución automática, es preciso reconocer que en la doctrina encontramos opiniones no coincidentes con lo que acabamos de afirmar, que admiten, en algunos supuestos, la existencia de una **resolución automática** (entendida como resolución que opera al margen de la voluntad de las partes). Son los casos de **imposibilidad sobrevenida no imputable** y de **término esencial**. De ellos vamos a tratar en el *Capítulo II*, poniendo en contraste nuestra opinión con la de los autores que defienden estas excepciones a la regla general. Esta revisión nos permitirá reafirmarnos en la hipótesis de que en nuestro ordenamiento no existe una resolución automática por incumplimiento, valorando los resultados «razonables» que proporciona la inexistencia en nuestro ordenamiento de tal modelo de resolución automática.

[014] Puesto que un significativo aunque minoritario sector doctrinal ha defendido que la resolución de **pleno derecho** prevista en el artículo 1505 CC para la compraventa de bienes muebles es automática; se ha hecho necesario que también nos detengamos en este precepto y en la forma de

operar que tiene la resolución que el mismo prevé. A ello dedicaremos el  
*Capítulo III.*





## **CAPÍTULO I: EL PROCESO DE SUPERACIÓN DE LA IDEA DE CONDICIÓN RESOLUTORIA IMPLÍCITA**

[015] El hecho de que el artículo 1124 CC se sitúe en el Capítulo III, en concreto, en la sección primera, que lleva por título «De las obligaciones puras y condicionales», y que el mismo Código se refiera al carácter implícito de la resolución podría, equivocadamente, hacer pensar que la resolución, como las condiciones, opera de modo automático. Tampoco ha contribuido a evitar el equivoco el hecho de que tradicionalmente se haya hecho referencia a la resolución por incumplimiento como una **condición resolutoria implícita**. Por eso, es preciso detenerse en analizar si es correcto o no este planteamiento. Podemos anticipar ya que no nos lo parece, pero merece la pena estudiar cómo surgió en nuestro ordenamiento la idea de «condición resolutoria implícita» y cómo se han evitado las consecuencias a las que, en cuanto a su modo de operar, podría conducir esta calificación.

### **I. LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO EN LOS ANTECEDENTES PRÓXIMOS DE NUESTRO CÓDIGO CIVIL**

[016] Nos vamos a referir a nuestro Ordenamiento en la **segunda mitad del siglo XIX**. En cuanto a normas jurídicas, sigue vigente el Derecho histórico español, pero es importante destacar la existencia del Proyecto de

Código civil de 1851 y la influencia del mismo en su directo comentarista, García Goyena, y en otros autores de la época.

En este apartado vamos a estudiar: (A) El Proyecto de 1851 y sus antecedentes; (B) La doctrina; (C) la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

#### **A. EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1851 Y SUS ANTECEDENTES**

[017] La resolución por incumplimiento aparece regulada en el **Proyecto de Código civil de 1851** (en adelante Proy. 1851) en su **artículo 1042** que se encuentra ubicado en el capítulo IV, sección III, «De las obligaciones puras y condicionales», en los siguientes términos: “la *condición resolutoria* va siempre *implícita* en los contratos bilaterales, para el caso de que uno de los contrayentes no cumpliera su obligación”.

Veamos de dónde toma el Proyecto de 1851 la idea de «condición resolutoria implícita».

[018] El origen inmediato de dicho término se encuentra en el Código civil francés<sup>1</sup>.

El artículo 1184 del CC francés aparece ubicado dentro de la sección destinada a la condición resolutoria y en su primer párrafo declara que “(l)a *condition résolutoire est toujours sous-entendue* dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l’une des parties ne satisfera point à son engagement.” Sin embargo, el régimen que contiene el artículo 1184 del CC francés para dicha condición resolutoria sobreentendida demuestra que no estamos en presencia de una verdadera condición. Así, en su segundo párrafo aclara que en este caso, el contrato no se resuelve de pleno

---

<sup>1</sup> GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la ed. de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Profesor Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código civil vigente, Zaragoza, 1974, p. 561.

derecho, sino que la parte perjudicada por el incumplimiento, *puede optar entre exigir el cumplimiento o solicitar la resolución* junto con la indemnización de daños y perjuicios<sup>2</sup>. Además, expresamente señala la necesidad de que la resolución sea decretada judicialmente.

[019] Terré, Simler y Lequette se han ocupado de demostrar la procedencia de la figura contenida en el artículo 1184 del CC francés, y de que la mención de una «condición resolutoria sobreentendida» que contiene este precepto corresponde a un error terminológico<sup>3</sup>. Para conocer mejor su punto de vista, vamos a partir de lo que constituye la opinión más generalizada en los autores franceses.

La doctrina francesa suele considerar la expresión «condición resolutoria sobreentendida» como una prueba de que los redactores del artículo 1184 CC francés se inspiraron en la práctica habitual de incluir en el contrato de compraventa el pacto de *lex commissoria* de origen romano<sup>4</sup>, que permitía, por voluntad de las partes, resolver el contrato de compraventa en el caso de que el comprador no pagase el precio.

Por el contrario, Terré, Simler y Lequette destacan la diferencia existente entre el pacto de *lex commissoria* y la condición resolutoria sobreentendida a la que alude el Código civil francés. Para ellos, por tanto, el artículo 1184 CC francés no procede de la *lex commissoria*. Veamos las razones en las que apoyan su punto de vista.

<sup>2</sup> Artículo 1184 CC francés, segundo párrafo: "Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsqu'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts."

<sup>3</sup> TERRÉ, F., SIMLER, P. Y LEQUETTE, Y., *Droit civil*, 5ª ed., núm. 423; y mucho tiempo antes, CAPITANT, H., *De la cause des obligations*, París, 1924, p. 334.

<sup>4</sup> Así, por ejemplo, COLIN, A. y CAPITANT, H., afirman que el origen de la resolución por incumplimiento se encuentra en el empleo generalizado de la cláusula de *lex commissoria*, de tal forma que acabó por considerarse implícitamente incluida en todos los contratos de compraventa y posteriormente en todos los contratos sinalagmáticos. (*Curso elemental de Derecho civil*, III, traducido por Demófilo de Buen, Madrid, 1924, p. 690.

En primer lugar, la resolución prevista en el artículo 1184 CC francés lo es para todos los **contratos sinalagmáticos** y puede ser invocada por **cualquiera de los contratantes**, mientras que el pacto comisorio romano se prevé sólo para el contrato de compraventa, y en beneficio del vendedor exclusivamente (por impago del precio)<sup>5</sup>.

En segundo lugar, el pacto comisorio opera de pleno derecho<sup>6</sup> (en el sentido de que no es necesario acudir al juez), en tanto que la facultad resolutoria no opera de ese modo: conforme al artículo 1184 CC francés, el **juez decide** si procede o no la resolución. Y no sólo esto, sino que, además, su decisión es discrecional y hasta puede llegar a conceder plazo.

A las razones de estos autores podríamos añadir otra: si la resolución del artículo 1184 CC francés no es otra cosa que una generalización del pacto de *lex commisorio*, ¿qué sentido tiene conservar en el artículo 1656 (equivalente a nuestro artículo 1504 CC) un precepto especial para el pacto de *lex commisorio*?

---

<sup>5</sup> En Derecho romano no se prevé con carácter general una resolución del contrato para el caso de incumplimiento. Ni siquiera en el contrato de compraventa está previsto este remedio con carácter general. Únicamente, para el caso de compraventas con precio aplazado, se contempla la posibilidad de introducir un pacto de *lex commisorio*. Se trata de una cláusula añadida al contrato de compraventa que entra en juego si el comprador no paga en el momento previsto.

En el propio ámbito del Derecho romano se ha intentado buscar un precedente a la figura de la resolución por incumplimiento, en el marco de los contratos innominados, y, especialmente, en la *condictio causa data causa non secuta*. Sin embargo, a pesar de ciertas analogías entre ésta y la resolución por incumplimiento del Código civil francés, no hay que olvidar que en el caso del Derecho romano ni siquiera estamos ante una acción contractual, sino que la figura de la *condictio causa data causa non secuta* surge para evitar un enriquecimiento injustificado de una de las partes del contrato innominado, pues la parte que había cumplido no tenía acción para pretender el cumplimiento de la otra parte (*vid.* con detalle, DELL'AQUILA, E., *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Salamanca, 1981, pp. 31 a 45, en especial, p. 41).

<sup>6</sup> Sobre este punto existe una discusión doctrinal en cuanto al funcionamiento de la *lex commisorio* en Derecho romano. Unos dicen que en Derecho romano, producido el evento (impago del precio por el comprador en el momento previsto), operan automáticamente las consecuencias de la *lex commisorio* y se tiene por *inempta* la venta (así lo defiende por ejemplo, ARANGIO RUÍZ, V., *La compravendita in diritto romano*, II, Nápoles, 1954, pp. 405 y ss.), mientras que otros sostienen que la falta de pago no produce por sí sola dicho efecto, sino que es necesario que el vendedor opte entre exigir el cumplimiento o hacer uso de la facultad que le otorga dicha cláusula (por esta solución se decanta ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, p. 13). En cualquier caso, ambas soluciones, la resolución automática, o por declaración del vendedor, difieren de la resolución por incumplimiento prevista en el artículo 1184 CC francés, que parte de una resolución judicial.

[020] Según Terré, Simler y Lequette, el origen de la resolución prevista en el artículo 1184 CC francés no se encuentra en el Derecho romano y en el pacto de *lex commissoria* de la compraventa sino en el **Derecho canónico**<sup>7</sup>, que contempló el problema desde el punto de vista moral. Los canonistas elaboraron una regla general en los juramentos promisorios, conforme a la cual, el que no cumpla aquello a lo que se obliga, pierde el derecho a exigir el cumplimiento de aquello que se le debía como contraprestación (en concreto se formula con el aforismo, *Frangenti fides non est fides servanda*). Dichos juramentos que en principio son obligaciones asumidas frente a Dios, no frente a la otra parte, llegan a concebirse como contratos, aunque con importantes divergencias en cuanto a su justificación. El paso a la posibilidad de resolver el vínculo contractual en caso de incumplimiento (no hay que olvidar que rige la regla de la indisolubilidad de las obligaciones asumidas mediante juramento promisorio), se consigue a través del recurso al principio de equidad: la sanción a la mala fe del contratante que no cumple lo prometido, es la facultad de pretender la resolución que corresponde al contratante cumplidor<sup>8</sup>. Para obtenerla, el contratante cumplidor tenía que dirigirse a la justicia, pues sólo el tribunal podía liberarle de su propia obligación. Además, el juez disponía de un amplio poder de apreciación<sup>9</sup> (de ahí quizá, que el artículo 1184 CC francés contemple una resolución exclusivamente judicial).

<sup>7</sup> Sobre este punto es especialmente esclarecedora la tesis de BOYER, L., *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, París, 1924. Es de la misma opinión, en nuestro país, ÁLVAREZ VIGARAY (*La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, p. 38 y también, en lengua castellana, DELL'AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, p. 45).

<sup>8</sup> Es importante resaltar el carácter sancionador que se atribuye a la resolución por incumplimiento y que será posteriormente matizado.

<sup>9</sup> Una interesante exposición en lengua española en ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, pp. 28 a 31 y con más detalle, DELL'AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, pp. 45 a 63.

[021] El proceso seguido hasta la definitiva incorporación de la resolución por incumplimiento en el Código civil francés no es sencillo. Requiere una pequeña explicación. Ella nos ayudará a comprender los términos del artículo 1184 CC francés.

En Francia, la institución de la resolución había sido recibida muy lentamente por el Derecho civil, debido sobre todo a la resistencia que ofrecieron los romanistas que pretendían mantener las soluciones del Derecho romano. Mientras que en el área de *Droit écrit* fue mayor la resistencia, en la de *Droit coutumier* fue menor. Es en el siglo XVI cuando, bajo la influencia de **Dumoulin**, se contempla con carácter general la figura de la resolución por incumplimiento. Este autor tuvo el mérito de intentar aplicar la resolución a todos los contratos, desarrollando las leyes romanas<sup>10</sup>.

Ya en el siglo XVII, fue **Domat** quien enunció de una manera general el principio de la resolución de los contratos cuando una de las obligaciones recíprocas no se haya ejecutado. Y lo hizo en los siguientes términos:

“L’inexécution des conventions de la part de l’un des contractans, peut donner lieu à la résolution, soit qu’il ne puisse ou qu’il ne veuille exécuter son engagement, encore qu’il n’y ait pas de clause résolutoire, comme si le vendeur ne délivre pas la chose vendue. Et dans ce cas la convention est résolue, ou d’abord s’il y en a lieu, ou après un délai arbitraire et avec les dommages et intérêts que l’inexécution peut avoir causés”<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Un análisis detallado de los textos de DUMOULIN en DELL’AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, pp. 81 a 84.

<sup>11</sup> DOMAT, J., *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, París, 1771, Libro I, título I, sección VI, núm. 11.

Y respecto del contrato de compraventa declara que aunque no exista una cláusula resolutoria, el impago del precio o el incumplimiento de cualquier otra obligación puede dar lugar a la resolución de la venta. Con ello deja claro que no sólo la falta de pago del precio puede dar lugar a la resolución, sino que ambas partes (comprador y vendedor) pueden pretender la resolución, pues dichos contratantes *ne veulent*

Nótese la diferencia importante entre la concepción canónica, en la que subyace la idea de culpa (*frangenti fidei*) y la correspondiente idea de sanción resolutoria, y la de Domat, en la que la resolución opera por el hecho del incumplimiento (*soit qu'il ne puisse ou qu'il ne veuille exécuter son engagement*) y se contempla más como un medio de defensa que se establece en beneficio del acreedor (aunque se mantienen los amplios poderes de apreciación que se le reconocen al juez)<sup>12</sup>. Esto abre nuevos cauces a la posibilidad de la utilización de la figura de la resolución.

[022] La idea de Domat se mantuvo en el siglo XVIII y fue recogida por Pothier, cuyos textos sirvieron de base a los codificadores franceses. Dicho autor defiende que en Derecho francés, a diferencia del Derecho romano, la resolución en materia de venta beneficia tanto al comprador como al vendedor. Para ello, no recurre a la figura de una condición resolutoria tácita sino que liga la resolución directamente a la causa: "*l'inexécution des obligations du vendeur ou de l'acheteur donne lieu à la résolution lorsque ce qu'on a promis est tel qu'on n'eût pas voulu contracter sans cela*"<sup>13</sup>.

Lo anterior lo afirma Pothier en el Tratado del contrato de compraventa. En el Tratado de las obligaciones, al tratar de la condición resolutoria, volviendo sobre el tema de la resolución por incumplimiento, afirma que es inútil insertar una condición resolutoria para el caso de incumplimiento<sup>14</sup>. La resolución es consecuencia de la eficacia continuada de la causa; en caso de incumplimiento, el juez, aplicando las consecuencias que se derivan de la noción de causa, puede declarar la

---

*que le contrat subsiste, qu'en cas que chacun exécute son engagement* (Libro I, título II, sección XII, n. 13).

<sup>12</sup> Incluida la posibilidad de que antes de que tenga lugar la resolución se le conceda un plazo al deudor para cumplir.

<sup>13</sup> POTHIER, *Traité du contrat de vente*, París, 1823, p. 150.

<sup>14</sup> POTHIER, *Traité des obligations*, París, 1925, núm. 672.

resolución aunque ésta no se haya pactado. A partir de este pasaje, surge a juicio de Terré, Simler y Lequette, la confusión de los redactores del Código civil francés: en lugar de partir de que la condición resolutoria era innecesaria, consideran que la resolución es una condición resolutoria sobreentendida o implícita, lo cual es totalmente diferente<sup>15</sup>.

## B. LA DOCTRINA DE LOS AUTORES

[023] Detengámonos ahora en la **doctrina** de los autores españoles de la segunda mitad del siglo XIX<sup>16</sup>. Aunque hay una minoría de autores que no admiten la existencia de la resolución por incumplimiento (Fernández Elías<sup>17</sup>, Navarro Amandi<sup>18</sup> y Elías<sup>19</sup>), la doctrina dominante si la admite. La describe como una **condición implícita o sobreentendida** por la ley en los contratos sinalagmáticos para el caso de que una de las partes no cumpla la obligación que tenía contraída<sup>20</sup>. Sin duda influye en esta

<sup>15</sup> En el mismo sentido, ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, p. 42 (*Vid.* en contra Dell'Aquila, que sostiene que la concepción de la condición resolutoria tácita constituía la *communis opinio* de los juristas franceses y del propio Pothier, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, p. 89, nota 87).

<sup>16</sup> Nos referimos a la segunda mitad del siglo XIX. Por lo que respecta a la doctrina de principios de siglo, señala DELL'AQUILA, que dicha doctrina no elaboró un principio general de resolución por incumplimiento aplicable a todos los contratos, sino que únicamente se contemplaba esta solución en determinados contratos y frente a determinados incumplimientos (*La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, pp. 126 y 127).

<sup>17</sup> FERNÁNDEZ ELÍAS, C., *Novísimo tratado histórico filosófico del Derecho civil español*, Madrid, 1873, p. 585.

<sup>18</sup> En el artículo 1215 de su propuesta de Código civil dispone que quien no cumple lo que le incumbe no puede exigir el cumplimiento por la otra parte de sus obligaciones, pero no reconoce la posibilidad de que el contratante cumplidor opte por la desvinculación (NAVARRO AMANDI, M., *Código civil de España*, II, Madrid, 1880).

<sup>19</sup> ELÍAS, J. A., *Derecho civil general y foral de España*, vol. II, III, 2ª ed., Madrid, 1884, tampoco reconoce la posibilidad de resolver el contrato en caso de incumplimiento. Incluso, al tratar del contrato de compraventa, lo niega expresamente, así en el artículo 3607 establece que "Por falta de pago del precio no podrá el vendedor pedir la rescisión de la venta ni la restitución de la cosa, y sí sólo instar el cumplimiento del contrato".

<sup>20</sup> GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Profesor Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias p. 561; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B., *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español, Tratado de las obligaciones*, IV, 1ª ed., Madrid, 1869, pp. 179 a 182; VISO, S. del., *Lecciones elementales de Derecho civil*, III, *Del derecho de las personas a exigir de otro lo que se debe, ó sea De las obligaciones*, 5ª ed., Valencia, 1884 (edición posterior a la muerte del autor que no altera la exposición y las doctrinas del



valoración el artículo 1042 del Proyecto de Código civil de 1851 (en adelante Proy. 1851)<sup>21</sup>.

[024] Comenzaremos refiriéndonos a **García Goyena** que comenta directamente el artículo 1042 Proy. 1851.

Este autor ve en este precepto una «condición resolutoria implícita», pero advierte cuál es la particularidad de su régimen en relación con el de la verdadera condición, que a su modo de ver opera automáticamente. En la condición resolutoria implícita, “como no puede quedar al arbitrio de la parte dolosa ó culpable deshacer el contrato, es libre la otra en pedir su cumplimiento ó resolución, y en acudir á este segundo medio cuando le haya resultado fallido el primero”<sup>22</sup>. Y por si cupiera alguna duda acerca de la forma de operar de la condición resolutoria implícita, sostiene respecto de ella que es necesario para que surta efecto, que se solicite judicialmente, incluso cuando se haya pactado formalmente dicha condición resolutoria por incumplimiento<sup>23</sup>.

[025] La especialidad de la condición resolutoria implícita a la que se refiere García Goyena es percibida, también, por **Gutiérrez**. Sostiene que con carácter general, el cumplimiento de la condición resolutoria produce la «rescisión» del contrato, de forma tal que las cosas han de restituirse al

---

mismo), p. 134; SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO, J., *El Derecho civil español (en forma de Código)*, Madrid, 1871, núm. 1378; SÁNCHEZ ROMÁN, F., *Estudios de Derecho civil (según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Código civil e Historia de general de la legislación española*, IV, *Derecho de obligaciones. Derecho de la contratación*, 2ª ed., Madrid, 1889, p. 358.

<sup>21</sup> Así, ÁLVAREZ VIGARAY, atribuye a la influencia del Proyecto de 1851 sobre la doctrina jurídica española el hecho de que comience a abrirse paso en nuestro país la doctrina de la resolución por incumplimiento (*La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, p. 27 e insiste en pp. 28 *in fine* y 29).

<sup>22</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, 1974, p. 561.

<sup>23</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, p. 561 (aclaración que no es de extrañar si se tiene en cuenta que el art. 1042 del Proyecto de 1851 sigue muy de cerca lo previsto en el art. 1184 CC francés que es muy claro en sus términos cuando dispone que la resolución debe ser demandada ante los Tribunales).

estado que tenían antes de su celebración. Pero, a continuación aclara que “(s)i la rescisión procede de haber faltado uno de los contrayentes á lo convenido en un contrato bilateral, puede exigir el perjudicado, ó el cumplimiento de la obligación, siendo realizable, ó la resolución del contrato juntamente con el resarcimiento de perjuicios”, pues no sería justo dejar al arbitrio del culpable la facultad de deshacer el contrato, sino que resulta conveniente que sea el inocente que la tenga, optando por el cumplimiento o la resolución según le convenga más a sus intereses<sup>24</sup>.

[026] **Sánchez Román** se suma a la lista de autores que conciben el régimen de las «condiciones resolutorias tácitas» como especial: por su propia naturaleza, necesitan siempre la declaración judicial de su existencia que “se provoca por la demanda y prueba de las mismas bajo el carácter de una acción rescisoria”<sup>25</sup>. Según este autor, el hecho del incumplimiento de una de las partes de la relación bilateral “pone en manos del otro el ejercicio de una condición resolutoria (...) y dentro del concepto (...) de *bilateralidad*, se concibe como justo y suficiente, que la falta de la prestación ajena disculpe y releve del cumplimiento de la propia, y autorice para pedir y obtener la resolución del vínculo”<sup>26</sup>.

<sup>24</sup> GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, IV, 1ª ed., pp. 179 a 182). SÁNCHEZ DE MOLINA, citando a Gutiérrez, afirma que atendiendo al rigor de los principios, el lapso de tiempo debería bastar sin necesidad de otra declaración para que la condición resolutoria surta sus efectos, pero que la conveniencia y la justicia aconsejan que los contrayentes resuelvan las cuestiones en términos amistosos, y si no lo consiguen, acudan a los tribunales (SÁNCHEZ DE MOLINA, *El derecho civil español (en forma de Código)*, p. 264, nota núm. 3).

<sup>25</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, IV, p. 408.

<sup>26</sup> Así lo reconoce el autor al definir las obligaciones sinalagmáticas, respecto de las cuales afirma que “es carácter especial de las obligaciones, propiamente bilaterales, la doctrina relativa a la *rescisión* de las mismas, por el incumplimiento de la prestación recíproca y condicionada, contraída por uno de los términos personales de la relación obligatoria...” (SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, IV, p. 45). Y refiriéndose a los contratos que contienen obligaciones de este tipo declara que “Todo contrato bilateral ó sinalagmático lleva implícitamente contenida en su naturaleza una condición resolutoria a favor y contra cada una de las partes contratantes, para que el incumplimiento de la obligación de las unas se entienda que autoriza el incumplimiento de la respectivamente contraída por las otras, pudiendo dar

[027] Hay que reconocer, sin embargo, que no se puede hablar de unanimidad en la doctrina española de la segunda mitad del siglo XIX respecto al carácter no automático de la «condición resolutoria implícita». Autores tan importantes como **Gómez de la Serna** y **Montalbán** incluyen la resolución por incumplimiento entre las condiciones resolutorias; después de declarar que la incorporación al contrato de las condiciones resolutorias normalmente depende de las partes, afirman que, sin embargo, existen “condiciones resolutorias que están tácitamente sobreentendidas por disposición del derecho”. Y un claro ejemplo de esto se encuentra en los contratos bilaterales, en los que “cada parte se reputa obligada bajo condición resolutoria de que la otra cumpla lo pactado”<sup>27</sup>.

También **Viso** parece defender el carácter automático de la resolución y sólo reconoce la necesidad de acudir a los tribunales cuando las partes no se ponen de acuerdo en cuanto a las restituciones: “en una palabra, la *condición resolutoria* se sobreentiende siempre en los *contratos bilaterales* (art. 1042 Proy.) para el caso de que una de las partes no cumpliera la obligación que hubiera contraído, por la razón que en estos contratos cada una de las partes en tanto se reputa obligada en cuanto la otra cumple lo pactado, y por lo mismo, faltando esta circunstancia de parte de un contrayente, **preciso es que caduque ó rescinda la convención** en los términos que manifestaremos expresando sus efectos”. Según este autor, la resolución tiene como efecto la restitución de las cosas objeto del contrato, con los frutos e intereses por parte del que ha faltado al cumplimiento, y si las partes no acuerdan amistosamente los efectos de la rescisión, en cuanto a las reclamaciones que mutuamente se hacen,

---

lugar al nacimiento, por este motivo, de una causa y consiguiente acción *rescisoria* del contrato” (p. 358).

<sup>27</sup> GÓMEZ DE LA SERNA, P., y MONTALBÁN, J.M., *Elementos del Derecho civil de España precedidos de una reseña histórica*, II, 4ª ed. (la primera edición es de 1841), Madrid, 1851, pp. 172 -173 y 225-226).

deberán acudir a los tribunales, que examinarán los motivos, pondrán en claro la inejecución, y o bien declararán la restitución, o bien concederán un plazo al deudor para que cumpla su obligación (cita en apoyo la P.3,8,1 y 2 y la P.5,11,37; en la 6ª ed. de la obra, cita el art. 1124.3 y 4)<sup>28</sup>.

Estos autores, aunque importantes dada su autoridad, no dejan de ser minoritarios. La idea de funcionamiento automático de la resolución que parece desprenderse de sus palabras no se extiende al resto de la doctrina, que, como hemos comprobado, hace especial hincapié en distinguir esta condición resolutoria implícita, de la verdadera condición resolutoria.

### ***C. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO***

[028] En lo que atañe a la **jurisprudencia** inmediatamente anterior a la promulgación del Código civil, el Tribunal Supremo (en adelante TS) no puede invocar un precepto de nuestro Derecho histórico análogo al artículo 1124 CC, porque tal precepto no existe; sin embargo, admite la figura de la resolución. En sus sentencias, el TS invoca como «doctrina legal» reiterada, que “los contratos dejan de ser obligatorios cuando una de las partes falta a lo convenido en ellos”. Formulada así la regla, parece implicar cierta automaticidad en el modo de operar la resolución.

Planas y Casals nos ofrece un estudio sobre la jurisprudencia de esta época; estudio interesante aunque, leídas atentamente las sentencias, no podemos compartir sus conclusiones. La impresión que se extrae del mismo es que el Tribunal Supremo no tiene una doctrina muy consolidada

---

<sup>28</sup> VISO, S. del., *Lecciones elementales de Derecho civil*, III, *Del derecho de las personas a exigir del otro lo que se le debe, o sea, de las obligaciones*, 5ª ed. arreglada a la legislación vigente por una sociedad de abogados, Valencia, 1884 (1ª ed. 1859-60) y 6ª ed. revisada y arreglada al nuevo Código civil y legislación vigente por Salvador Salom y Puig, Valencia 1889, pp. 133 y 134

en lo que a la resolución se refiere<sup>29</sup>. Enseguida vamos a explicar por qué esta apreciación no es totalmente correcta.

Planas y Casals defiende que se puede hablar de la existencia de tres fases o criterios en la jurisprudencia del TS de la segunda mitad del siglo XIX. En una primera fase, el TS vendría a sostener que las estipulaciones de los contratos bilaterales son condiciones a cuyo cumplimiento están obligadas las partes, de tal forma que cuando una de ellas falta a su cumplimiento, el contrato deja de ser obligatorio para la otra. En una segunda fase, el TS vendría a corregir la doctrina establecida en las sentencias anteriores, volviendo a los principios romanos que niegan la resolución por incumplimiento<sup>30</sup>. Y, por último, existiría una tercera fase en la que el TS retoma planteamientos semejantes a los de la primera y reconoce que el contrato deja de ser obligatorio si la otra parte incumple.

Nosotros, sin embargo, disintimos de las conclusiones a las que llega este autor y creemos que, del análisis de la jurisprudencia de la segunda mitad del siglo XIX, no puede extraerse la existencia de esas tres fases. Por el contrario, se puede hablar de un reconocimiento general de la idea de que “el contrato deja de ser obligatorio cuando una de las partes lo incumple”; aunque, en algunos casos, el Tribunal Supremo no estime oportuna su aplicación por no concurrir los requisitos necesarios.

Tras este encuadre descendamos al análisis más detallado de la jurisprudencia. La primera sentencia del Tribunal Supremo que alude y reconoce la doctrina legal mencionada es probablemente la de 24 de

---

<sup>29</sup> PLANAS Y CASALS, J. M., “Resolución de los contratos por incumplimiento de una de las partes”, *R.J.C.*, 1895, I, pp. 190 y ss., su estudio abarca la jurisprudencia anterior a la publicación del Código civil, respecto de la cual afirma que: “Hubo probablemente el Tribunal Supremo de Justicia de sentir la influencia de la nueva teoría que alboreaba ya en las leyes del Fuero Juzgo y las Partidas y se propuso introducirla en el foro nacional; pero al hacerlo o faltó la energía necesaria, o no llegó a abarcar la cuestión en su indispensable unidad científica, y de ahí una jurisprudencia indecisa, vacilante, y en ocasiones, contradictoria, que no ha podido menos de sembrar una verdadera confusión en la materia, hasta que ha venido a disipar tan espesas sombras la publicación del Código civil”.

<sup>30</sup> Sobre la resolución por incumplimiento en derecho romano, *vid.* DELL’AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, pp. 31 a 45.

diciembre de 1866<sup>31</sup>. A ella le sigue la STS de 29 de enero de 1867<sup>32</sup> que declara la «rescisión» por incumplimiento<sup>33</sup>; y en la misma línea, se encuentran la STS de 4 de enero de 1866<sup>34</sup> y la STS de 7 de julio de 1885<sup>35</sup>.

Junto a las sentencias anteriores que aplican la resolución, existen otras que si bien reconocen la existencia de la doctrina legal sobre la resolución, estiman que la misma no resulta aplicable al caso de autos. Un claro ejemplo lo constituye la STS de 8 de enero de 1874<sup>36</sup> en cuyo considerando segundo afirma que no es aplicable la doctrina legal reconocida en el marco de los contratos bilaterales, porque el caso en cuestión (falta de pago por el comprador del precio aplazado) se resuelve por las leyes 38 y 58 del título 5º, Partida 5ª (que regula el pacto de *lex commisorio*)<sup>37</sup>.

<sup>31</sup> STS de 24 de diciembre de 1866 (Ponente: Excmo. Sr. D. Eusebio Morales Puideban; Colección Legislativa de España del Ministerio de Justicia, núm. 184)

<sup>32</sup> STS de 29 de enero de 1867 (Ponente: Excmo. Sr. D. Eusebio Morales Puideban; Colección legislativa de España núm. 24)

<sup>33</sup> La imprecisión terminológica va a persistir incluso después de la promulgación del CC.

<sup>34</sup> STS de 4 de enero de 1866 (Ponente: Excmo. Sr. D. Joaquín de Palma y Vinuesa; Colección Legislativa núm. 1)

<sup>35</sup> STS de 7 de julio de 1885 (Ponente: Excmo. Sr. D. Ricardo Díaz de Rueda; Colección Legislativa núm. 17)

<sup>36</sup> STS de 8 de enero de 1874 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Fermín de Muro; Colección Legislativa núm. 5)

<sup>37</sup> La Partida 5.5.38 se refiere al caso en el que en el contrato de compraventa las partes pacten que ante la falta de pago del precio por el comprador el día señalado, el vendedor pueda “deshacer” la venta. En ese caso, ante el impago del precio por el comprador en la fecha pactada, el vendedor puede optar entre el cumplimiento del contrato o su resolución. Respecto de esta norma, ha señalado Dell’Aquila que la falta de pago del precio en la fecha fijada, no provoca sin más la resolución del contrato. Si el vendedor desea que la venta tenga lugar, debe manifestar su voluntad de que así sea y comunicárselo al comprador, de tal manera que la resolución no es el efecto del simple incumplimiento sino de la declaración resolutoria del vendedor (DELL’AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, p. 108; ARIAS RAMOS y ARIAS BONET, “La compraventa en las Partidas” en *Centenario de la Ley del Notariado*, secc. I, vol. II, Madrid, 1965, p. 395 afirman que en la P. 5.5.38 se regula la *lex commissoria*).

Y la Partida 5.5.58 prevé la resolución del contrato de compraventa por parte del vendedor en el caso de que el comprador no cumpla aquello a lo que se obligó (además de la obligación de pagar el precio). Para que surja a favor el vendedor la posibilidad de resolver la compraventa en este caso, es necesario que el vendedor haya celebrado la compraventa movido por la obligación incumplida, de tal manera que si ésta no se hubiese pactado, el contrato no se hubiese celebrado.

Resulta interesante la **STS de 10 de mayo de 1881**<sup>38</sup> porque, sin excluir la figura de la resolución, no la aplica inmediatamente y concede un plazo de gracia. El Tribunal Supremo considera que existe una justa causa para el incumplimiento del demandado, y opta por concederle un término para que cumpla (15 días), transcurrido el cuál, el contrato quedará resuelto. Con ello da entrada a la posibilidad de la concesión de un plazo de gracia al deudor por parte de los tribunales.

Quizá sea la **STS de 27 de octubre de 1883**<sup>39</sup> la que con más claridad excluye, de modo general, la existencia de la resolución en nuestro Derecho. Además, es probablemente la única, ya que las otras sentencias no niegan su admisibilidad sino que no dan lugar a ella en el caso concreto porque hay una causa concreta que la excluye. Esta sentencia afirma de modo terminante que a partir de la ley 1ª, tít. 1º, lib. 10 de la Novísima Recopilación dejó de ser aplicable la P.5.6.5, que permitía al contratante cumplidor en un contrato innominado, ante el incumplimiento de la otra parte, optar por la devolución de lo entregado. Necesariamente, ante la ausencia de otras sentencias en el mismo sentido, hemos de considerarla aislada e incluso contradictoria con el resto. Ahí está nuestra discrepancia con Planas y Casals.

---

<sup>38</sup> STS de 10 de mayo de 1881 (Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio María de Prida; Colección Legislativa núm. 219)

<sup>39</sup> STS de 27 de octubre de 1883 (Ponente: Excmo. Sr. D. José Balbino Maestre; Colección Legislativa núm. 69)

## II. ABANDONO DE LA IDEA DE *CONDICIÓN RESOLUTORIA IMPLÍCITA*: LA *FACULTAD RESOLUTORIA* DEL ARTÍCULO 1124 CC

[029] El tránsito del Proyecto de 1851 al Código civil de 1889 va a dar lugar a un cambio muy significativo: el Código civil abandona la idea de **condición resolutoria tácita** y la sustituye por la de **facultad resolutoria**.

### A. LA *FACULTAD RESOLUTORIA* DEL ARTÍCULO 1124 CC

[030] El Código civil de 1889, en su artículo 1124 declara que “la **facultad de resolver** las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe”<sup>40</sup>. El mérito de nuestro Código está en suprimir la referencia a una «condición resolutoria implícita» y, con mayor precisión, hablar de una **facultad resolutoria**, aunque mantenga la ubicación del precepto en la sección dedicada a la condición<sup>41</sup>.

[031] Abandonada la referencia a una condición resulta aún más evidente que la condición resolutoria y la facultad resolutoria no se identifican<sup>42</sup>.

<sup>40</sup> Ya Comas, en su proyecto de Código civil de 1885 se refiere a una “facultad de resolver”. El artículo 2520 del proyecto de Código civil de Comas contiene un texto idéntico al que luego sería el artículo 1124 del CC, excepto el último párrafo del 1124 (cfr. art. 2521 y 2522 de su proyecto de Código civil de 1885 que se encuentra en COMAS, A., *La revisión del Código civil español*, IV, Madrid, 1902).

<sup>41</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, pp. 67 y 68; DELL’AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, pp. 15 y 16, nota 2; más recientemente insiste en este punto, FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.ª Á., *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Madrid, 1998, p. 23. De forma muy expresiva, declara SANTOS BRIZ, J., (“Artículo 1124”, en *Comentario del Código civil*, coordinado por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, tomo 6, Arts. 1088 al 1314, Barcelona, 2000, pp. 210 a 218, p. 213, siguiendo a OSSORIO MORALES, J., “Notas sobre una teoría general del contrato, *R.D.P.*, 1965, p. 1102) que “nada justifica que el Código civil incluya el artículo 1124 en la sección relativa a esas obligaciones condicionales”.

<sup>42</sup> También en Derecho italiano ha quedado superada la teoría de la condición resolutoria tácita, pues si bien el artículo 1165 del CC italiano de 1865, muy semejante al artículo 1184 francés, hacía referencia a una condición resolutoria sobreentendida en los contratos bilaterales para el caso de que una de las partes no cumpliera lo convenido, en el Código civil de 1942, los artículos 1453 y siguientes bajo la rúbrica “de



Mientras que la primera tiene su origen en la voluntad de las partes, la facultad resolutoria del artículo 1124 CC es un **remedio que la ley ofrece** al contratante perjudicado por el incumplimiento de la otra parte<sup>43</sup>. Por lo que respecta a la forma de operar de una u otra, mientras que la condición resolutoria opera automáticamente, la resolución por incumplimiento opera **a elección del propio acreedor**, pues el artículo 1124 CC en su segundo párrafo declara que “el perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y el abono de intereses en ambos casos”. A ello hay que añadir que en los términos en los que se expresa el propio artículo, la resolución por incumplimiento presenta unos rasgos eminentemente judiciales<sup>44</sup> (desvirtuados con el paso del tiempo, *vid.* 2ª parte del trabajo), aunque a diferencia del artículo 1184 francés no contiene una afirmación que establezca que la resolución necesariamente ha de ser decretada judicialmente.

[032] El cambio terminológico que acabamos de indicar, pronto fue percibido por la doctrina. Así, poco después de la promulgación del Código civil, **Scaevola** afirma, comentando el artículo 1124 CC y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ante el incumplimiento, el acreedor puede exigir el cumplimiento o la resolución, y por tanto, “como el Tribunal Supremo ha declarado, no queda rescindido *ipso facto* el contrato por incumplimiento de lo convenido, sino que es potestativo en el perjudicado la elección del medio a que puede acudir”<sup>45</sup>.

---

la resolución del contrato” regulan la resolución por incumplimiento sin mencionar ninguna condición resolutoria tácita.

<sup>43</sup> Sobre este aspecto hace especial hincapié CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, III, *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, 12ª ed. revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero, Madrid, 1978, p. 125

<sup>44</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, p. 68.

<sup>45</sup> SCAEVOLA, Q. M., *Código Civil Comentado y Concordado extensamente con arreglo a la edición oficial*, XIX, Madrid, 1902, p. 673.

Efectivamente, desde muy temprano, el Tribunal Supremo dejó claramente expuesto en sus sentencias —a pesar de cierta imprecisión terminológica, pues en ocasiones sigue haciendo referencia a la “condición resolutoria implícita en las obligaciones recíprocas” —, que la resolución en virtud del artículo 1124 CC no opera automáticamente.

Lo deja sentado la **STS de 19 de enero de 1904**<sup>46</sup>. El actor ante el incumplimiento de la otra parte había presentado una demanda de cumplimiento, y recurre en casación la sentencia que, en contra de lo que había solicitado, declara la resolución del contrato. El Tribunal Supremo estima el recurso, “considerando que la *condición resolutoria tácita que establece el artículo 1124 del Código civil en los contratos bilaterales*, para el caso de que una de las partes deje de cumplir sus compromisos, *no es absoluta en el sentido de que produzca sus efectos en el momento mismo de su realización, por depender de la voluntad del perjudicado y de su derecho a elegir, con arreglo al párrafo segundo del mismo artículo, entre el cumplimiento o la resolución del contrato, con el resarcimiento de daños y el abono de intereses en ambos casos*”<sup>47</sup>.

---

MONTÉS PENADÉS, muestra cómo, respecto de los artículos 1184 CC francés y 1165 del antiguo Código civil italiano enseguida se mostró su carácter facultativo y la inaplicabilidad de la idea de ineficacia de la condición *stricto sensu* y cómo, en contra de concebirlas como unas condiciones resolutorias, se afirmó la imposibilidad de tomar como evento condicionante la conducta de prestación (acto debido) de una de las partes (MONTÉS PENADÉS, V.L., “Artículo 1124” (pp. 1171 a 1255), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XV, Vol. 1º, “Artículos 1.088 a 1.124 del Código Civil”, Madrid, 1989, p. 1182).

<sup>46</sup> MARTÍNEZ RUIZ, A., *El Código civil interpretado por el Tribunal Supremo*, X, 2ª ed., Madrid, 1926. Artículo 1124, Cuestión 7ª, pp. 105 a 108 y RODRÍGUEZ NAVARRO, M., *Doctrina civil del Tribunal Supremo. Comprende las resoluciones recaídas en asuntos civiles, de derecho sustantivo del Tribunal Supremo y las de la Dirección General de los Registros y del Notariado, desde enero de 1889 hasta 31 de diciembre de 1959*, III, *Artículos 1088 a 1444*, Madrid, 1951, *Doctrina civil del Tribunal Supremo*, III, Madrid, 1951, p. 3380.

<sup>47</sup> El TS concluye que: “es evidente que la Sala sentenciadora al declarar que la Sociedad demandada estuvo obligada a cumplir dicho convenio hasta la presentación de la demanda, lo que implica resolución del vínculo contractual a partir de aquel momento, no sólo ha infringido la doctrina expuesta y, por ende, el artículo 1124 del CC, anulando o desconociendo el derecho de opción concedido por este precepto a los interesados en las obligaciones recíprocas, y que el actor, sin oposición de su colitigante, ejercitó en pro de la subsistencia del contrato, sino también, el artículo 359 de la L.E.C., por incongruencia entre las peticiones deducidas por las partes y la declaración judicial de que antes se hizo mérito”.

Con anterioridad, la STS de 2 de diciembre de 1898, ya había declarado que “en las obligaciones recíprocas, no queda *ipso facto*, rescindido el contrato por incumplimiento de las contraídas por una de las partes, sino que es potestativo en el perjudicado, según el artículo 1124 del Código civil, elegir entre su rescisión o su cumplimiento”<sup>48</sup>. Y la STS de 5 de julio de 1941<sup>49</sup>, refiriéndose a la facultad resolutoria contenida en el artículo 1124 CC, destaca su carácter facultativo “en patente contraste con el régimen inexcusable de la condición resolutoria propiamente dicha”.

[033] Esta apreciación del carácter facultativo de la resolución no va a ser objeto de discusión en el futuro. Nadie pone en duda en la actualidad, que en el ámbito del artículo 1124 CC el incumplimiento por sí sólo no produce la resolución, sino que ésta depende de una declaración de voluntad o de la sentencia<sup>50</sup>.

Matizando el funcionamiento del artículo 1124 CC y comparando su régimen con el de la verdadera condición resolutoria, parte de la doctrina ha extraído la conclusión de que en el ámbito de la resolución por incumplimiento, lo que opera como condición no es el evento del incumplimiento, sino la declaración de resolución por dicho incumplimiento. A partir de esta valoración se ha intentado aplicar el régimen de la condición a los efectos de la resolución<sup>51</sup>.

<sup>48</sup> Sentencia recogida por MARTÍNEZ RUIZ, (*El Código civil interpretado por el Tribunal Supremo*, pp. 108 a 110) y por RODRÍGUEZ NAVARRO, (*Doctrina civil del Tribunal Supremo*, III, p. 3380).

<sup>49</sup> STS de 5 de julio de 1941 (R.A 899).

<sup>50</sup> Por todos, ÁLVAREZ VIGARAY, R., “Artículo 1124” en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, Madrid, 1993, p. 96, quien afirma que la resolución opera por voluntad del interesado manifestada en tal sentido. Y DÍEZ-PICAZO, L., que afirma que hoy está pacíficamente admitido que la resolución prevista en el artículo 1124 no es una auténtica condición, sino una “facultad” que se confiere al contratante cumplidor para poner fin a la relación obligatoria que le liga con el contratante incumplidor (“Resolución (Dº Civil)”, *E.J.B.*, vol. IV, Madrid, 1995, pp. 5889 a 5899, p. 5892).

<sup>51</sup> Así, DELGADO ECHEVERRÍA, J., sostiene que “lo que opera con la eficacia de una condición no es el incumplimiento, que entonces determinaría inexorablemente la disolución del contrato. Al contrario, dice el Código civil que el perjudicado podrá escoger (art. 1124.2º)” (en Lacruz Berdejo et al., *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, vol. 1º, *Parte General. Teoría General del Contrato*, 3ª ed., Barcelona, 1994, § 26, pp. 197 a 208, p. 199); y MONTÉS PENADÉS, concluye que es a partir de la

### III. LAS DENOMINADAS CONDICIONES RESOLUTORIAS EN INTERÉS DE PARTE

[034] Este capítulo dedicado a la facultad resolutoria y su errónea denominación, en un principio, como condición resolutoria implícita no quedaría completo sin una referencia a lo que se ha llamado «condición resolutoria en interés de parte». Como vamos a tener ocasión de comprobar, la condición resolutoria en interés de parte no sigue el régimen de la «condición resolutoria pura», sino que su régimen se aproxima más al de la «facultad resolutoria», pues al igual que esta última, no opera de forma automática sino que depende de la voluntad del beneficiado por ella.

[035] Efectivamente, existe una categoría especial de condición resolutoria compuesta de aquellos supuestos en los que ciertos hechos o circunstancias se incorporan a un contrato como presuposiciones del mismo, en interés de una de las partes contratantes. Morales Moreno pone como ejemplos, el supuesto en el que un funcionario alquila una vivienda en una ciudad pensando en un cambio de su destino a ella, pero prevé la resolución del contrato si ese cambio no llegara a producirse; el que adquiere un cuadro dudando de su autenticidad, y pacta con el vendedor que la compra se hace bajo la condición de que el mismo pertenezca al

---

declaración o la sentencia cuando los efectos de la resolución por incumplimiento se ordenan “como si de una condición resolutoria se tratara” (“Artículo 1124”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XV, p. 1193).

Por lo que respecta a la jurisprudencia. El TS, en su sentencia de 11 de junio de 1946 (RA 709, declara que “(e)n la realización de las obligaciones recíprocas el incumplimiento de una de ellas puede llegar a ser, por virtud de lo dispuesto en el artículo 1124 del Código civil y la voluntad del acreedor, condición resolutoria de la voluntad de este último; pero para que llegue a serlo han de mediar dos requisitos por parte del acreedor, que éste haya cumplido o esté dispuesto a cumplir lo que le incumba, por obligación recíproca con la de su deudor, y manifestación de voluntad decisiva de la opción que le otorga el párrafo segundo del citado artículo, determinándose por la resolución de las obligaciones (Sentencia recogida por RODRÍGUEZ NAVARRO, *Doctrina civil del Tribunal Supremo*, III, pp. 3361 y 3362).

autor al que se atribuye; el que adquiere una máquina y se reserva la facultad de resolver el contrato si la misma no da el rendimiento previsto<sup>52</sup>.

A propósito de casos como estos, opina este autor que “(c)uando en un contrato oneroso se establece una condición resolutoria, en relación con determinados hechos que afectan al interés de uno de los contratantes, es razonable que sólo pueda invocarla el contratante interesado. Por ejemplo: se ha podido reservar el comprador la facultad de desvincularse del contrato, si la máquina no da el rendimiento debido, o si el cuadro no es de un determinado pintor, pero nada impide que pueda renunciar al ejercicio de esa facultad. El otro contratante nunca podrá imponerle la resolución del contrato, contra su voluntad”<sup>53</sup>. El texto que acabamos de transcribir viene a significar que es posible admitir que una condición resolutoria se pacte en interés de una sola de las partes contratantes, en cuyo caso, cumplida ésta, el beneficiado por ella puede renunciar a su aplicación, y la otra parte contratante no podrá nunca imponerla. Para explicar su funcionamiento, Morales Moreno, afirma que ocurre algo parecido a lo que sucede con la facultad resolutoria del artículo 1124 CC<sup>54</sup>.

<sup>52</sup> MORALES MORENO, A.M., *El error en los contratos*, pp. 202 a 204.

<sup>53</sup> MORALES MORENO, A.M., *El error en los contratos*, pp. 202 a 204.

<sup>54</sup> El caso resuelto por la STS de 21 de octubre de 1988 (R.A. 7595; Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández Cid de Temes) viene a ser un claro ejemplo de las denominadas condiciones en interés de parte. Esta sentencia se refiere a un contrato de compraventa de un edificio que se compra para ser demolido y construir en el solar un nuevo edificio para oficinas, con una superficie total de 5.259, 40 m<sup>2</sup>. Estas circunstancias constructivas y de uso son garantizadas por la vendedora, al ser condición fundamental para la conclusión del contrato, “quedando la compraventa sujeta de modo expreso a dos condiciones resolutorias” consistentes, una, en que se obtuviese la licencia municipal de demolición de la finca y, la otra, que la compradora obtuviese la licencia de obra del nuevo edificio en la que se autorizase como mínimo la superficie mencionada, pues el precio se pactaba sobre la base de esa superficie, de forma que cualquier reducción de ésta llevaría aparejada una reducción del precio. La administración califica el edificio como monumento histórico-artístico y deniega su demolición. La compradora notificó a la vendedora la resolución del contrato oponiéndose la vendedora a la misma. Con posterioridad la compradora da un giro en su posición y comunica a la vendedora que opta por el cumplimiento del contrato.

Centrándonos ahora en lo referente a la previsión de la obtención de un determinado aprovechamiento en el edificio, ésta está garantizada por el vendedor. Como afirma Morales Moreno, “la garantía supone que el vendedor asume el riesgo de una eventual falta de realización de ésta previsión” y “(a)sumir el riesgo es algo diferente de tener la obligación de que ese resultado se alcance”, pues, tal y como nos muestra este autor, “(u)na pura asunción de riesgo, como es la de este caso, no impone al vendedor un deber de conducta (deber de prestación, deber accesorio), pero hace necesarios ciertos mecanismos jurídicos que *a posteriori*, permitan trasladar las consecuencias del riesgo asumido a la parte

Para completar el régimen de este tipo de condiciones, falta por determinar el tiempo del que dispone el acreedor para ejercitar “la facultad resolutoria derivada de la condición”. En primer lugar, estima Morales Moreno que habrá de estarse al plazo establecido por la voluntad de las partes, y en ausencia de pacto expreso, resulta necesario que el ejercicio de la misma quede limitado a un cierto periodo de tiempo. Este autor propone acudir al plazo establecido en el artículo 1301 del CC respecto de los supuestos de falsedad de la causa (se puede defender la existencia de una conexión entre la causa y aquellos supuestos en los que para la celebración de un contrato se ha incorporado al mismo una determinada razón, instrumentalizada bajo la forma de condición). Lo cual nos llevaría al reconocimiento de un plazo de cuatro años para que el contratante pueda dar por resuelto el contrato, plazo que comenzaría a contarse desde el momento de la consumación del contrato<sup>55</sup>.

[036] En la mayoría de los casos en los que se pacta una condición resolutoria en interés de parte, subyace la idea de garantizar, en la relación obligatoria, un resultado, al margen de que sea o no imputable al otro contratante la falta de consecución de dicho resultado. La idea de condición resolutoria en interés de parte es útil si nos movemos en una construcción de la resolución fundada en el incumplimiento de deberes imputable al deudor. Deja de serlo si concebimos el incumplimiento como la falta de consecución de un resultado, al margen de la culpabilidad y

---

que lo asumió”, en este contrato la garantía del vendedor se instrumentaliza a través de unas condiciones resolutorias (MORALES MORENO, A.M., “STS de 21 de octubre de 1988: Compraventa de inmueble con garantía de aprovechamiento útil para oficinas. Pretensión de reducción del precio ejercitada por la compradora, fundada en cláusula de garantía. Interpretación del contrato. Base del negocio y cláusula de garantía. Ejercicio de la facultad resolutoria y modificación posterior de la pretensión. Conducta contraria a la buena fe. Equivalencia de prestaciones y enriquecimiento sin causa. Ocultación de negociaciones mantenidas con la Administración por la compradora, tendentes a lograr un mayor aprovechamiento del edificio, cuyos resultados se intentan imponer a la vendedora”, C.C.J.C., núm. 18, septiembre/diciembre de 1988, pp. 919 a 933, en concreto, p. 924).

<sup>55</sup> MORALES MORENO, *El error en los contratos*, pp. 203 y 204.

admitimos que en tal caso es oportuna la resolución<sup>56</sup>. En los ejemplos propuestos vendría a significar que la autenticidad del cuadro, o el rendimiento de la maquinaria habría sido elevado, por la voluntad de las partes, a la categoría de «esencial» para la obtención de un nivel adecuado de satisfacción del interés del acreedor, y su ausencia, permitiría acudir al remedio resolutorio, constituyendo incumplimiento, el hecho de que no se alcance el resultado que se considera que el deudor debía garantizar al acreedor<sup>57</sup>.

Visto así el problema planteado, no cabe duda de que el único que puede hacer valer el remedio resolutorio es el contratante cuyo interés contractual no se ha visto satisfecho.

---

<sup>56</sup> Ello supone un paso hacia una nueva concepción de la responsabilidad contractual que se distancia del contrato, que se contempla desde una nueva perspectiva: no tanto desde la de los deberes que el contrato impone a las partes, cuanto la de garantía de consecución de determinados resultados.

Una exposición de estos dos modelos de concebir la responsabilidad contractual en MORALES MORENO, A.M., "Artículo 35 CISG", pp. 289 a 292 y DIEZ-PICAZO/ROCA/MORALES, *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, pp. 318 a 321.

<sup>57</sup> MORALES MORENO, A.M., Prólogo al libro de Nieves Fenoy Picón, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, Madrid, 1996, pp. XXI y XXII, este autor defiende esta posibilidad al estudiar la falta de conformidad del objeto en la compraventa. Sin embargo, puede extenderse a la cuestión aquí planteada.

Un intento en el sentido de contemplar el incumplimiento, no sólo desde el punto de vista de los deberes del deudor sino también desde el punto de vista de la satisfacción del interés del acreedor, lo constituye la monografía de HAZA, P. De la., *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1996, (pp. 130 a 138).





## **CAPÍTULO II: DOS POSIBLES CASOS DE RESOLUCIÓN AUTOMÁTICA**

[037] Como ha quedado demostrado en el capítulo anterior, en nuestro Derecho la regla general es que la resolución no opera de forma automática. A esta regla general se le han encontrado dos posibles excepciones. Existen voces que abogan por una **resolución automática** en el caso de **imposibilidad sobrevenida, total, absoluta, permanente y no imputable al deudor ni al acreedor** y en el caso de contrato sometido a **término esencial**, cuando no se cumple en el momento pactado.

¿Tienen justificación estas dos excepciones?

## **SECCIÓN PRIMERA: LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA, ABSOLUTA, TOTAL, PERMANENTE Y NO IMPUTABLE AL DEUDOR NI AL ACREEDOR**

[038] La falta de cumplimiento de una de las partes de la relación sinalagmática puede deberse a una imposibilidad **sobrevenida**<sup>1</sup> de la

<sup>1</sup> La cuestión queda planteada exclusivamente respecto de la imposibilidad **sobrevenida** de la prestación. la prestación teóricamente posible en el momento de constitución de la obligación deviene imposible con posterioridad.

En nuestro Ordenamiento la posibilidad **originaria** de la prestación es, en principio, un presupuesto de la existencia y validez de la obligación. Así, el artículo 1272 CC declara que “no podrán ser objeto del contrato las cosas o servicios imposibles, y en sede de compraventa el artículo 1460 CC afirma en su primer párrafo que “(s)i al tiempo de celebrarse la venta se hubiese perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedará sin efecto el contrato”. Los anteriores preceptos han permitido a nuestra doctrina concluir que, en Derecho español, la imposibilidad originaria hace que el contrato sea nulo por falta de objeto (*vid.* al respecto, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, 5ª ed., pp. 202-203). A favor de una reforma en el sentido de equiparar la imposibilidad originaria al resto de incumplimientos, se muestra PANTALEÓN, que defiende (entendemos que con buen criterio) que la solución de la nulidad del contrato no es la más apropiada, pues “una justa tutela del contratante acreedor de la prestación imposible, que no la sabía tal, exige no excluir absolutamente que pueda mantener el contrato (no resolverlo si continúa interesándole desprenderse del bien objeto de su prestación) y, lo mantenga o no, reclamar a la otra parte una indemnización (menor o mayor según se resuelva el contrato, pero) en la medida del interés en el cumplimiento o interés contractual positivo, cuando la otra parte haya conocido la imposibilidad de la prestación que prometía, o quepa imputarle haberla prometido ignorando su imposibilidad” (“Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, p. 1721).

En el nuevo Derecho uniforme, los **Principios de Derecho Europeo de los Contratos** huyen de la consideración de la nulidad del contrato como consecuencia ineludible de la imposibilidad originaria. En el artículo 4:102 PDEC, bajo la rúbrica, “Initial Impossibility”, se afirma que “**A contract is not invalid merely because at the time it was concluded performance of the obligation assumed was impossible, or because a party was not entitled to dispose of the assets to which the contract relates**”. Los primeros autores españoles que han comentado este precepto han considerado que la revisión de la regla tradicional de la nulidad en caso de imposibilidad originaria de la prestación es positiva (DÍEZ-PICAZO/ROCA/MORALES, *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, p. 220).

Conforme a lo previsto en los **PECL**, la imposibilidad inicial puede no ser causa de anulación del contrato; así sucederá cuando pueda considerarse que una de las partes contratantes ha asumido el riesgo de la imposibilidad, en cuyo caso, no podrá pretender la anulación del contrato. En estos casos, aunque el cumplimiento específico no será posible, puede estar obligada a indemnizar los daños y perjuicios. En los demás casos, la imposibilidad inicial será tratada, al igual que los supuestos de error, como causa en la que fundar la anulación del contrato, cuando se reúnan los requisitos exigidos para ello, (*vid.* artículo 4:103 PDEC). En el comentario al artículo se reconoce que la solución de los **PECL** difiere de la defendida en numerosos sistemas legales nacionales en los que la imposibilidad inicial lleva aparejada la nulidad del contrato. Así se prevé, por ejemplo, en Suiza, art. 20 CO suizo; Austria, § 878 ABGB; Italia, art. 1346 CC italiano; y en términos parecidos en Portugal y en Francia, que exige “objeto cierto” del contrato (art. 1108 CC francés)). (*Principles of European Contract Law, Parts I and II*, preparados por la Comisión Europea de Derecho de los Contratos, ed. por Ole LANDO y Hugh BEALE, La Haya, 2000, pp. 228-229 y 234). En Alemania, el antiguo § 306 BGB contemplaba la nulidad del contrato por imposibilidad originaria, aunque el § 437 BGB contenía una excepción en la compraventa de derechos. En la actualidad, tras la reforma del BGB de 2001, el § 275 equipara la imposibilidad originaria a la sobrevenida.

Los **Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales** dedican el artículo 3.3 a la “Imposibilidad originaria de cumplimiento” declarando que “(1) No afectará a la validez del contrato el hecho de que en el momento de su celebración no sea posible la ejecución de la obligación contraída. (2) Tampoco afectará a la validez del contrato si al momento de su celebración una de las partes no estuviere facultada para disponer de los bienes objeto del contrato”. En el comentario a

prestación que sea **absoluta, definitiva, y fortuita o no imputable al deudor**. Éste es precisamente el supuesto que nos interesa considerar en cuanto al modo de operar la resolución porque es el supuesto en el que algunos autores consideran que la resolución opera de forma automática. Para simplificar nos referiremos a él como imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor.

[039] Nuestro Código civil no contempla la **imposibilidad sobrevenida** con carácter general. Pero sí se refiere a algunos casos de ella: el de «pérdida de la cosa» en obligaciones de dar cosa específica (art. 1182 CC), y aquél en el que la prestación resulta «legal o físicamente imposible», en obligaciones de hacer (art. 1184 CC). A partir de estos dos supuestos, la doctrina construye una noción amplia de imposibilidad sobrevenida sobre la que no es preciso insistir.

[040] El carácter no imputable de la imposibilidad depende de cómo se construya la responsabilidad contractual. El Código civil se refiere a «sin culpa del deudor» (art. 1182 CC) y es la doctrina la que ha perfilado, a partir de ahí, la idea de **imposibilidad fortuita o no imputable al deudor**<sup>2</sup>. Pero no todos los autores manejan los mismos criterios de

---

este artículo (UNIDROIT, *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, Roma, 1995, p. 70) se afirma que de acuerdo con las modernas tendencias y en contra de lo que sucede en varios sistemas legales, con carácter general, el mero hecho de que en el momento de la conclusión del contrato el cumplimiento de la obligación contraída sea imposible no afecta a la validez del contrato. En los casos de imposibilidad originaria, el contrato es válido, y lo previsto en el párrafo (1) se aparta de la regla de los sistemas legales que exigen la existencia de un objeto posible del contrato. Sólo cuando se reúnan las condiciones previstas en el artículo 3.5 UNIDROIT *Principles* podrá pretenderse la anulación del contrato por error; además, es necesario tener en cuenta que conforme a lo establecido en el artículo 3.7 UNIDROIT *Principles* no se puede invocar el error y dar por anulado el contrato cuando los hechos en los que se basa la pretensión otorgan o pueden otorgar remedios previstos para el incumplimiento.

<sup>2</sup> Por todos, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, 5ª ed., pp. 650 y 651; LACRUZ, J.L., et al., *Derecho de Obligaciones*, vol. I, *Parte general. Teoría general del contrato*, nueva edición revisada por Francisco Rivero Hernández, Madrid, 1999, núm. 117, p. 188; ROCA JUAN, J., "Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida (Notas al artículo 1186 del Código civil)", en *Estudios en Homenaje al Profesor Federico de Castro*, II, Madrid, 1976, pp. 521 a 548, p. 528; BELTRÁN DE HEREDIA y ONÍS, P., *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1990, p. 119 y 120, y más

imputación<sup>3</sup>. Un numeroso sector basa la imputación en la «culpa» (entendida como omisión de la diligencia debida que tiene como límite el caso fortuito) queriendo adaptarse a las expresiones del Código civil<sup>4</sup>. Otros autores defienden la necesidad de objetivar los criterios de imputación. Consideran necesario abandonar el criterio subjetivo de la «culpa», y referirse a la noción de «causa imputable al deudor»<sup>5</sup>.

[041] En cualquier caso, y con independencia del criterio que se maneje para imputar al deudor la imposibilidad, se excluye de este apartado los casos en los que la imposibilidad sobrevenida sea **imputable al acreedor**. Básicamente, la imposibilidad sobrevenida de la prestación del deudor será imputable al acreedor en tres supuestos: (1) cuando la imposibilidad sea causa de un **hecho propio del acreedor** o se deba a la **falta de cooperación del acreedor**<sup>6</sup>; (2) cuando la imposibilidad fortuita

---

recientemente SANTOS BRIZ, J., "Artículo 1182", en *Comentario del Código civil*, coordinado por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, tomo 6, Madrid, 2000, pp. 376 a 378, p. 376; y CASTILLA BAREA, M., *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Madrid, 2001, p. 148.

<sup>3</sup> CASTILLA BAREA se detiene en demostrar que el concepto de «imputabilidad» es más amplio que el de «culpabilidad» (*La imposibilidad de cumplir los contratos*, pp. 92 y 254).

<sup>4</sup> Según esta corriente, el incumplimiento (y por tanto la imposibilidad) será imputable al deudor cuando exista "culpa" (entendida como omisión de la diligencia debida, que incluye tanto la culpa-negligencia como el dolo); pero como la culpa se presume (art. 1183 CC), el deudor sólo quedará liberado cuando demuestre que el incumplimiento se debe a caso fortuito que es considerado como no-culpa (art. 1105 CC, entendido como circunstancia que causa el incumplimiento y que es imprevisible e inevitable empleando la diligencia exigible); por todos, CASTÁN, *Derecho civil español*, III, *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, 15ª ed., p. 209.

Junto al criterio de la imputación basada en la culpa, estos autores admiten una serie de supuestos en los que el incumplimiento se le imputa al deudor al margen de la misma: 1) el deudor responde por los auxiliares en el cumplimiento (aunque no se establezca con carácter general así se contempla en los art. 1784 CC y 1564 CC), 2) el deudor constituido en mora asume los casos fortuitos (arts. 1096.III y 1182 CC); 3) el deudor que se ha comprometido a entregar la misma cosa a dos o más personas también responde de los casos fortuitos (art. 1096.III CC).

<sup>5</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 580.

<sup>6</sup> LAMARCA MARQUÉS, A., *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Bolonia, 2001 pp. 121 a 133.

Resaltar que, aunque tradicionalmente se viene contemplando la imputabilidad al acreedor de la imposibilidad con criterios semejantes a los empleados para el deudor (en concreto, el criterio subjetivo de la culpa), y así, por ejemplo, se cita el caso en el que el acreedor de manera dolosa o negligente provoca la pérdida o destrucción de la cosa que se debía entregar, o cuando hace imposible el *facere* o servicio que tenía que realizar el deudor, recientemente LAMARCA MARQUÉS, (*El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, pp. 162 a 167) ha puesto en evidencia la validez de dicha solución y ha demostrado que la imputabilidad al acreedor de la imposibilidad no se debe regir por criterios subjetivos, sino de mera causalidad material, de tal forma que resulta irrelevante cuál ha sido el motivo que ha

haya tenido lugar en un momento en el que el acreedor estaba en mora<sup>7</sup> (porque con la *mora credendi* se modifica el sistema normal del riesgo por imposibilidad sobrevenida fortuita que pasa a cargo del acreedor)<sup>8</sup>; (3) cuando el acreedor haya asumido el **riesgo de imposibilidad fortuita** de la prestación<sup>9</sup>.

Este supuesto debe seguir un régimen especial, a pesar de no ser la imposibilidad imputable al deudor, y serle aplicable por tanto los artículos 1182 y 1184 CC<sup>10</sup>. Por tanto, podemos concluir que la imposibilidad sobrevenida que es objeto de análisis en este apartado se refiere a una imposibilidad que no es imputable ni al deudor ni al acreedor.

---

impedido al acreedor prestar su cooperación o cuando es una actividad del acreedor la que directamente incide en la imposibilidad, tampoco es necesario que le sea imputable con criterios subjetivos.

<sup>7</sup> Nuestro Código civil no establece una disciplina general de la figura de la *mora credendi* pero existen en el Código numerosas aplicaciones de la misma (ej. arts. 1452 *in fine*, 1589 y 1590. CC) de cuyos principios rectores la doctrina ha extraído los requisitos necesarios para su aplicación y ha determinado sus consecuencias (CABALLERO LOZANO, J.M., *La mora del acreedor*, Barcelona, 1992; CABANILLAS SÁNCHEZ, "La mora del acreedor", *A.D.C.*, 1987, p. 1341; SABATER BAYLE, "Contribución al estudio de la mora del acreedor", *A.C.*, núm. 26, 1989, p. 1977 y recientemente, Albert LAMARCA MARQUÈS, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, pp. 77 a 118).

<sup>8</sup> Así se desprende de los artículos 1185, 1452 *in fine*, 1589 y 1590 CC según Díez-Picazo, (*Fundamentos*, II, p. 602) y LAMARCA MARQUÈS, (*El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, pp. 98 a 108) quién de forma categórica declara que "(l)a pérdida de la cosa debida (*rectius*: la imposibilidad sobrevenida de la prestación) constituye un riesgo que debe asumir el acreedor como consecuencia de su morosidad en la aceptación" (p. 100). Y vuelve a insistir (pp. 145-146) afirmando que aunque la imposibilidad se dé por una causa que, en otro caso, podría ser considerada como no imputable a ninguna de las partes, esta circunstancia será irrelevante por el hecho de que la imputación al acreedor trae causa de la falta de cooperación, del riesgo surgido con la injustificada perpetuación del vínculo obligatorio. Además aclara que en caso de mora del acreedor no tiene sentido plantearse la posibilidad de aplicar lo previsto en el art. 1896.2 CC porque de todas formas, si la prestación se hubiese cumplido a tiempo, el riesgo de la imposibilidad sería igualmente de cuenta del acreedor (p. 101).

<sup>9</sup> Como señala LAMARCA MARQUÈS, (*El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, pp. 137 y ss.) al igual que el deudor puede asumir el riesgo de la imposibilidad no imputable de la prestación, el acreedor también puede haberlo asumido. En ocasiones es la propia ley la que le atribuye el riesgo (*vid. Infra* [110-130]).

<sup>10</sup> Dicho régimen consistirá en el mantenimiento de la relación obligatoria y el reconocimiento al deudor del derecho a exigir la contraprestación. Díez-Picazo, *Fundamentos*, II, p. 598; CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "La imposibilidad sobrevenida de la prestación por falta de cooperación del acreedor", en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, pp. 117 a 128); recientemente, CASTILLA BAREA, (*La imposibilidad de cumplir los contratos*, p. 80) y de forma más detallada LAMARCA MARQUÈS, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, (en especial pp. 179 a 201) quién hace una enumeración de los efectos que provoca en la relación obligatoria sinalagmática la imposibilidad sobrevenida imputable al acreedor y así señala: 1) el mantenimiento de la relación obligatoria (pp. 187 a 194); 2) el deber de contraprestación a cargo del acreedor (pp. 195-198); 3) deducción del ahorro y ganancias del deudor a consecuencia de la imposibilidad (pp. 198 a 200); 4) derecho del acreedor al *commodum representationis* (pp. 200 a 201).

[042] De la imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor nos interesa estudiar, fundamentalmente, cuáles son sus consecuencias en lo que se refiere al vínculo contractual sinalagmático. Ya hemos anticipado que para algunos autores cuando la imposibilidad no imputable de una de las prestaciones tiene lugar en el marco de una relación obligatoria sinalagmática la resolución es automática; pero, existen otros autores que han mantenido una opinión diferente aunque con discrepancias entre ellos. Por todo ello interesa comenzar explicando cuál es el estado de la cuestión en nuestra doctrina.

## I. ORIENTACIONES DOCTRINALES EN EL TRATAMIENTO JURÍDICO DE LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA NO IMPUTABLE AL DEUDOR

[043] Conforme a lo previsto en los artículos 1182 y 1184 CC, es posible concluir que, en los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor, la **obligación** afectada por la imposibilidad se **extingue** y el **deudor se libera**<sup>11</sup>. Sin embargo, ambos preceptos dejan una cuestión sin resolver, ¿qué sucede en los casos de relaciones obligatorias sinalagmáticas? En concreto, extinguida la obligación de la parte afectada por la imposibilidad sobrevenida no imputable, ¿qué sucede con la obligación que le corresponde al acreedor? La respuesta a esta cuestión es diferente según el punto de partida que se adopte: bien

---

<sup>11</sup> Si la **imposibilidad sobrevenida es imputable al deudor**, éste no se libera. Aunque desaparece la pretensión de cumplimiento *in natura* a favor del acreedor, el deudor permanece obligado frente al acreedor. Hasta este punto la doctrina se muestra de acuerdo, sin embargo surgen diferencias en torno a la determinación de a qué permanece obligado el deudor. Según un importante sector doctrinal, en caso de imposibilidad sobrevenida imputable, el deber de cumplimiento del deudor se sustituye por el **equivalente pecuniario** de la prestación devenida imposible (no se trata de una obligación nueva, sino de la primitiva transformada). Otro sector doctrinal defiende que en caso de imposibilidad sobrevenida imputable al

considerar que la imposibilidad sobrevenida no imputable nada tiene que ver con el incumplimiento, o bien incluirla dentro de un supuesto amplio de incumplimiento.

[044] Tradicionalmente, el tratamiento jurídico de la imposibilidad sobrevenida no imputable ha sido realizado por la doctrina en el marco del denominado *periculum obligationis*.

Existen dos posibles enfoques<sup>12</sup> según se mantenga la regla *periculum est creditoris* o la contraria, *periculum est debitoris*. Como es sabido, la primera supone que el deudor afectado por la imposibilidad sobrevenida queda liberado de su obligación y conserva su derecho a la contraprestación sin que el acreedor pueda oponerse a ello; y la segunda, supone que la extinción de la obligación afectada por la imposibilidad *determina*, bien de modo automático, o bajo el presupuesto de una declaración de voluntad, la extinción de la relación obligatoria.

La mayoría de la doctrina opta por la regla *periculum est debitoris*<sup>13</sup>; pero no todos los autores le reconocen el mismo modo de operar, para unos es automática y para otros exige declaración de voluntad.

A nosotros nos interesa detenernos en la relación establecida por la doctrina entre la regla *periculum est debitoris* y el artículo 1124 CC. Así, podemos distinguir entre quienes sostienen que la imposibilidad sobrevenida no imputable **no constituye un supuesto de incumplimiento**, por tanto no forma parte del supuesto de hecho de la norma prevista en el artículo 1124 CC y la solución a estos casos hay que buscarla fuera de este precepto. Y aquellos autores que defienden que los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable, aunque **no** son casos de verdadero

---

deudor la obligación primitiva se extingue pero surge una nueva obligación a cargo del deudor, la **obligación de indemnizar** conforme a los artículos. 1101 a 1107 CC ( *vid. infra* [137 y 138]).

<sup>12</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 655.

<sup>13</sup> Así lo apunta el propio Díez-PICAZO, (*Fundamentos*, II, p. 656).

**incumplimiento** (falta la imputabilidad), sí que entran dentro del **supuesto de hecho del artículo 1124 CC**, pues la resolución que el mismo prevé no exige la imputabilidad del incumplimiento al deudor. Partiendo de estos presupuestos diferentes se establece cómo opera la extinción de la relación obligatoria en uno y otro caso.

[045] El otro punto de partida en el tratamiento de la imposibilidad sobrevenida consiste en considerar que da lugar a un incumplimiento.

Desde hace unos años se está abriendo camino en nuestro Derecho una nueva forma de concebir el incumplimiento contractual que, si bien se distancia en cierta medida del modelo que previsiblemente inspiró a nuestro Código civil, se aproxima mucho al modelo que nos ofrece el nuevo Derecho uniforme.

En concreto se parte de una **noción amplia de incumplimiento** que incluye toda desviación del programa de prestación, **sea o no imputable al deudor**<sup>14</sup> y ante esta situación se articulan toda una serie de remedios (entre los que se incluye la resolución por incumplimiento prevista en el artículo 1124 CC). En este punto es importante hacer hincapié en que la finalidad perseguida con el sistema de remedios puestos a disposición del acreedor no es tanto sancionar a deudores culpables, cuanto ordenar entre los contratantes la distribución de determinados riesgos de la contratación<sup>15</sup>. En este marco, la imposibilidad sobrevenida no imputable constituye un subtipo de incumplimiento frente al cual analizaremos si es posible aplicar la resolución por incumplimiento.

En cualquier caso, sí queremos adelantar que la nueva manera de entender el incumplimiento se va imponiendo poco a poco por su mayor

<sup>14</sup> PANTALEÓN, P., Voz "Incumplimiento (Dº. Civil)", *E.J.B.*, Madrid, 1995, pp. 3507 a 3509, p. 3507.

<sup>15</sup> MORALES MORENO, A.M., Prólogo al libro de Nieves Fenoy Picón, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa*. p. XXIII.



racionalidad. Además, desde esta nueva perspectiva se hace evidente la necesidad de aproximar nuestro Derecho codificado a este nuevo modelo, que como vamos a tener ocasión de comprobar constituye muchas veces el Derecho que se aplica aunque con el importante escollo de la permanencia de preceptos en nuestro Código que difícilmente se adaptan a esta nueva concepción del incumplimiento y los remedios frente al mismo.

[046] Las importantes diferencias entre una y otra concepción del incumplimiento nos obligan a estudiar separadamente cada una de ellas.

Así, nos ocuparemos de las que hemos denominado construcciones tradicionales: en el epígrafe II (con el título “La imposibilidad sobrevenida no imputable y la doctrina de los riesgos”) se recogen las opiniones de aquellos autores que buscan la solución a los casos de imposibilidad sobrevenida fuera de la noción de incumplimiento y de la figura de la resolución por incumplimiento prevista en el artículo 1124 CC; en el epígrafe III (con el título “La imposibilidad sobrevenida no imputable como incumplimiento del artículo 1124 CC: un caso de resolución automática”) se exponen los resultados a los que llegan los defensores de la aplicación del artículo 1124 CC a supuestos de imposibilidad sobrevenida no imputable (aunque no se trate de un verdadero supuesto de incumplimiento).

En el epígrafe IV (con el título “La integración de la imposibilidad sobrevenida no imputable en la noción de incumplimiento”) nos ocuparemos de la nueva manera de contemplar el incumplimiento contractual y con ello la imposibilidad sobrevenida no imputable. En todos los casos nos iremos deteniendo sobre todo, en la forma de operar que tiene la resolución del contrato, en concreto, de si se justifica o no la defensa de la resolución automática.

## **II. LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA NO IMPUTABLE Y LA DOCTRINA DE LOS RIESGOS**

[047] La imposibilidad sobrevenida no imputable es tratada por algunos de nuestros autores y en algunos ordenamientos a través del cauce que ofrece el tratamiento del problema del riesgo en los contratos sinalagmáticos. Esto es así porque no se ve en tal imposibilidad un incumplimiento. Pues de entenderse (como sucede en el moderno Derecho uniforme) que la falta de entrega constituye por sí misma incumplimiento, queda superada la dicotomía entre normas de incumplimiento y normas de distribución de riesgos.

[048] Importa recordar lo anterior porque, si se maneja un concepto que podríamos denominar «estricto» o «limitado», fundado en el incumplimiento de deberes y construido bajo el presupuesto de la culpabilidad del deudor, el supuesto de la resolución por incumplimiento no abarcará la imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor y para regular esta situación será necesario articular la denominada **doctrina de los riesgos**. Si, por el contrario, seguimos, tal y cómo hoy tiende a hacerse, un concepto «amplio» de incumplimiento, entendido como no realización del contrato y construido sin el presupuesto de la culpabilidad, el supuesto de la resolución por incumplimiento abarcará los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor.

El que reconozcamos que el moderno Derecho de obligaciones se orienta hacia la segunda alternativa, no excluye en este momento el que nos detengamos a considerar la doctrina de los riesgos teniendo en cuenta que son numerosos todavía la doctrina y los ordenamiento que la sostienen.

### A. LA DOCTRINA DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO COMPARADO

[049] Algunos Códigos de nuestro entorno regulan como problema diferente del problema del incumplimiento el del riesgo en los contratos sinalagmáticos. Naturalmente, nos estamos refiriendo al *periculum obligationis* o dicho de otro modo, a qué ocurre con la prestación contraria cuando una se hace imposible por causa no imputable al deudor. Por regla general, el tratamiento que se ofrece a este problema es la **disolución (extinción) automática de la relación obligatoria**. Curiosamente, aunque el efecto sea parecido al de la resolución por incumplimiento, se construye como una figura distinta, con ciertas particularidades.

En concreto, nos vamos a referir al Código civil alemán en su redacción anterior a la reforma de 2001 teniendo en cuenta que en la aproximación de ordenamientos que realizan los *PECL* el texto tenido en cuenta fue el anterior a la reforma y al Código civil italiano de 1942.

Ambos códigos tienen un punto de partida semejante. Separan por un lado la resolución consecuencia de la responsabilidad contractual (que se construye principalmente bajo el fundamento de la culpabilidad), y por otro, el efecto desvinculador que provoca la imposibilidad sobrevenida fortuita o no imputable al deudor, consecuencia de la doctrina de los riesgos. La extinción de la relación obligatoria que se produce en este segundo caso, no es propiamente un remedio fundado en el incumplimiento<sup>16</sup>.

Para terminar, analizaremos el Ordenamiento francés, en el que el legislador no ha contemplado expresamente este supuesto, pero la doctrina ha apuntado una solución muy semejante a la que acabamos de contemplar

<sup>16</sup> Así se explica, por ejemplo, que TREITEL, manejando este modelo de Derecho comparado, al estudiar los remedios en caso de incumplimiento, excluya expresamente de su análisis los supuestos de imposibilidad sobrevenida no imputable, por no constituir un caso de incumplimiento. (TREITEL, *Remedies for Breach of Contract*. núm. 255)

a través de la elaboración de la denominada «teoría de los riesgos» (*théorie des risques*).

### 1. La imposibilidad sobrevenida no imputable y su regulación en el antiguo § 323 BGB

[050] El Código civil alemán de 1900 regula en el § 323 los efectos que provoca en la relación obligatoria sinalagmática la imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable al deudor ni al acreedor (*Nicht zu vertretendes Unmöglichwerden*).

Según lo previsto en el primer párrafo de este precepto, cuando la prestación (principal) del deudor deviene imposible como consecuencia de una circunstancia de la que no ha de responder, queda éste liberado de su deber de prestación a tenor de lo previsto en el § 275 BGB v. ant.<sup>17</sup> y pierde la pretensión a la contraprestación<sup>18</sup> (el acreedor no tiene que realizar su contraprestación).

La disolución contractual que aquí opera<sup>19</sup>, es conocida por la doctrina como *ipso iure Auflösung*<sup>20</sup>, y tiene lugar **sin necesidad de declaración alguna por parte del acreedor**<sup>21</sup>. La mencionada

<sup>17</sup> § 275 BGB v. ant.: (1) *Der Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird.*

(2) *“Einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich.”*

Sin olvidar que el § 279 BGB establece que si el objeto debido está determinado sólo según su pertenencia a un género, en tanto la prestación del género sea posible, el deudor responder de su imposibilidad a la prestación, aunque no le sea imputable culpa alguna.

<sup>18</sup> § 323 BGB v. ant.: (1) *“Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen teile obligende Leistung infolge eines Umstandes unmöglich, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat, so verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung; bei teilweiser Unmöglichkeit mindert sich die Gegenleistung nach Maßgabe der §§ 472, 473.”*

<sup>19</sup> ESSER/SCHMIDT, afirman que cuando ninguna de las partes ha de responder de la imposibilidad de la prestación, opera la regla *beiderseitiges Freiwerden* (*Schuldrecht*, I, A.T., 6ª ed., § 22 VI).

<sup>20</sup> *Abchlußbericht*, p. 163 y *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*, p. 418.

<sup>21</sup> MEDICUS, *Schuldrecht*, I, A.T., 11ª ed., § 42 III 3, núm. 497. LARENZ, afirma que a tenor del § 323 BGB v. ant. el acreedor queda *“unmittelbar auf Grund des Gesetzes frei, ohne daß es hierzu einer Rücktrittserklärung bedürfte”* (A.T., § 21 I b). Si bien, tal y como apunta EMMERICH, el acreedor puede

*Auflösung* es contemplada como un supuesto de desvinculación del contrato (*Aufhebung*)<sup>22</sup> independiente y diferente de la **resolución por incumplimiento** (*Rücktritt*) que opera **mediante declaración del acreedor**<sup>23</sup>. Además, ambas figuras tienen consecuencias distintas; prueba de ello es que en caso de imposibilidad sobrevenida no imputable, según lo previsto en el tercer párrafo del § 323 BGB v. ant.<sup>24</sup>, si el acreedor había efectuado su contraprestación, puede repetir lo pagado conforme a las reglas del enriquecimiento injusto (§§ 812 y ss. BGB v. ant.)<sup>25</sup>, y no se aplican las normas sobre restitución previstas en el BGB para los casos de resolución por incumplimiento (§§ 346 a 348 BGB v. ant.)<sup>26</sup>.

[051] En el caso de que el **deudor obtenga una indemnización o una pretensión de indemnización**<sup>27</sup> (*Ersatz oder Ersatzanspruch*) **por el objeto debido** (§ 281 BGB v. ant.<sup>28</sup>), el segundo párrafo del § 323 BGB

---

realizar una declaración de voluntad en la que establece estas consecuencias y con ello proporciona claridad para el futuro (EMMERICH, “§ 325 BGB”, núm. 35).

<sup>22</sup> Que encuentra su justificación en el sinalagma funcional (por todos, MEDICUS, *A.T.*, § 42 II, 1, núm. 489; EMMERICH, “§ 323 BGB”, núm. 1). Y tiene como consecuencia que el acreedor no puede pretender la prestación que se ha hecho imposible, y por ello no está obligado a realizar la suya. El deudor pierde su pretensión a la contraprestación, con lo que se puede afirmar que soporta el riesgo de precio (*Preisgefahr*), es decir el riesgo de perder la pretensión a la contraprestación porque su propia prestación ha devenido imposible por causas que no le son imputables a ninguna de las partes (LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *A.T.*, 14ª ed., § 21 I b).

<sup>23</sup> JANBEN, “§ 349 BGB”, núm. 1.

<sup>24</sup> § 323 BGB v. ant.: (3) “Soweit die nach diesen Vorschriften nicht geschuldete Gegenleistung bewirkt ist, kann das Geleistete nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückgefordert werden”.

<sup>25</sup> Así afirma MEDICUS, que ésta es la opinión dominante (*A.T.*, § 42 II 2, núm. 489).

<sup>26</sup> Así lo pone de manifiesto el *Abchlußbericht*, p. 164.

<sup>27</sup> Si no obtiene dicha indemnización o pretensión a la indemnización, la disolución del contrato opera de forma inevitable (EMMERICH, que añade la circunstancia de que el acreedor no hubiese cumplido todavía, “§ 323 BGB”, núm. 34).

<sup>28</sup> § 281 BGB v. ant.: “(1) Erlangt der Schuldner infolge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen.

(2) Hat der Gläubiger Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so mindert sich, wenn er von dem im Absatz 1 bestimmten Rechte Gebrauch macht, die ihm zu leistende Entschädigung um den Wert des erlangten Ersatzes oder Ersatzanspruchs.”

Respecto del ámbito de aplicación de este precepto, señala EMMERICH, (“§ 281 BGB”, núm. 4) que se refiere a pretensiones que tienen por objeto cosas y derechos, incluidos los bienes inmateriales (no contempla los casos de acciones y omisiones); de lo que extrae que el ámbito de utilización de la norma se

v. ant. prevé la posibilidad de que el acreedor exija la entrega de ese *commodum representativo* (denominado por la doctrina *commodum subrogatus* o *stellvertretendes commodum*). En estas circunstancias, la relación obligatoria no se extingue automáticamente. El acreedor tiene derecho a optar por quedarse con el *commodum*<sup>29</sup> o extinguir la relación obligatoria (§ 323.1 BGB v. ant.). Si opta por el *commodum*, la relación obligatoria se mantiene y el acreedor está obligado a realizar su contraprestación (que se verá automáticamente reducida de forma proporcional al menor valor del *commodum*<sup>30</sup> respecto de la prestación debida (§§ 472 y 473 BGB v. ant.)<sup>31</sup>; pero si el *commodum* es de mayor valor que la prestación devenida imposible, apunta Emmerich, que en este caso, la contraprestación no se verá aumentada<sup>32</sup>).

[052] La regla del § 323 BGB v. ant. no se aplica cuando una norma concreta establezca una regulación distinta para el denominado «riesgo del precio» (*Preisgefahr*). En el marco del § 323 BGB v. ant., el deudor de la prestación devenida imposible es el que sufre el riesgo (pierde la pretensión a la contraprestación). En determinados casos, la ley establece que sea el acreedor de la prestación devenida imposible, el que corra con el riesgo, efectuando su contraprestación aunque no reciba la prestación.

---

limita a las relaciones obligatorias sobre entrega de cosas y derechos (en concreto, contratos de enajenación de cosas y derechos, aunque también se utilice en casos de deberes de restitución derivados de la resolución).

<sup>29</sup> En este sentido son muy expresivas las palabras de LARENZ, que afirma que “(d)er Gläubiger kann das sog. ‘Stellvertretende commodum’ vom Schuldner verlangen, *braucht* es aber nicht zu verlangen; er kann es, wenn ihm nichts daran gelegen ist, auch dem Schuldner lassen und seine eigene Gegenleistung behalten.” (AT, § 21 I b).

<sup>30</sup> Como señala LARENZ, la finalidad del § 281 BGB consiste en proporcionar al acreedor lo que en el patrimonio del deudor ha sustituido, desde el punto de vista económico, a la cosa que el deudor debía entregar al acreedor. No es una indemnización de daños, sino la sustitución del objeto originario de la prestación por su subrogado (AT, § 21 I b).

<sup>31</sup> § 323 BGB: (2) Verlangt der andere Teil nach § 281 Herausgabe des für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruchs, so bleibt er zur Gegenleistung verpflichtet; diese mindert sich jedoch nach Maßgabe der §§ 472, 473 insoweit, als der Wert des Ersatzes oder des Ersatzanspruchs hinter dem Werte der geschuldeten Leistung zurückbleibt.

<sup>32</sup> EMMERICH, “§ 323 BGB”, núm. 39.

Así sucede, por ejemplo, en los §§ 446, 447 BGB v. ant. en el contrato de compraventa con remisión de la cosa, y el § 644 BGB v. ant. en el contrato de obra.

## **2. La imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor en el Código civil italiano**

[053] El capítulo XIV del Código civil italiano, bajo la rúbrica «de la resolución del contrato», regula en secciones separadas: la «resolución por incumplimiento» (sección I), la «imposibilidad sobrevenida» (sección II), y la «excesiva onerosidad» (sección III). Por lo que respecta a la imposibilidad sobrevenida, distingue, a su vez, según ésta tenga lugar en el marco de un contrato con eficacia obligatoria o con eficacia real.

### ***a. La imposibilidad sobrevenida no imputable en los contratos con eficacia obligatoria: el artículo 1463 del CC italiano***

[054] El artículo 1463 CC italiano (ubicado en la sección II), establece que cuando la **imposibilidad no imputable al deudor** tiene lugar en el marco de un **contrato con obligaciones “correspectivas”** y con **eficacia obligatoria**, el **deudor queda liberado** de su prestación en virtud del artículo 1256 CC italiano<sup>33</sup>, y **no puede pretender la**

<sup>33</sup> El artículo 1256.1 CC italiano establece que en caso de imposibilidad sobrevenida absoluta y definitiva de la prestación por causa no imputable al deudor, “la obligación se extingue”: “L’obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione divenga impossibile”. Además, el artículo 1256.2 determina cuándo la imposibilidad puede ser considerada definitiva. Así, dicho precepto establece que: “Se l’impossibilità è solo temporanea, il debitore finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell’adempimento. Tuttavia l’obbligazione si estingue se l’impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo della obbligazione o alla natura dell’oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla.”

**contraprestación**<sup>34</sup>. Si ya la hubiese recibido, está obligado, según el artículo 1463 CC italiano, a restituirla conforme a las reglas del cobro de lo indebido<sup>35</sup> (previstas en los arts. 2033 y ss. CC italiano).

De acuerdo con el Código civil italiano de 1942, la doctrina distingue entre «incumplimiento» e «inejecución», con importantes consecuencias en cuanto a sus efectos. Mientras que en el caso de **imposibilidad sobrevenida imputable al deudor**, estamos ante un «incumplimiento» que, conforme al **artículo 1453 CC italiano**, permite al acreedor **optar entre la resolución por incumplimiento y el resarcimiento de daños por equivalente**<sup>36</sup>; en el caso de **imposibilidad sobrevenida total y no imputable al deudor**<sup>37</sup>, nos encontramos ante una «inejecución» cuya solución es la **extinción inmediata y**

<sup>34</sup> Solución que encuentra justificación en la ruptura que se produce del sinalagma (SCONAMIGLIO, R., *Contratti in generale*, en *Trattato di Diritto civile*, dirigido por GROSSO/SANTORO-PASSARELLI, vol. IV, fascículo 2, Milán, 1961, p. 274, núm. 79).

Nótese que a diferencia de lo que sucede en el Derecho alemán, en el Derecho italiano no está expresamente regulado el caso en el que la imposibilidad sobrevenida de la prestación no sea imputable al deudor pero sea imputable al acreedor. Afirma GALGANO, F., (*Diritto civile e commerciale*, II, 1, 3ª ed., Pádua, 1999, núm. 108, p. 513) que se puede plantear una doble solución: por un lado, se puede defender que el contrato no se resuelve en estos casos y, el acreedor debe realizar su contraprestación aunque el deudor haya quedado liberado de la suya en virtud del art. 1256 (a favor de esta solución se podría afirmar que el art. 1463 regula una resolución por imposibilidad no imputable a ninguna de las partes); por otro lado, se podría admitir que, también en estos casos la imposibilidad provoca la resolución del contrato y la liberación del deudor, aunque obliga al acreedor a indemnizar los daños que sufre el deudor como consecuencia de la inejecución del contrato (y a favor de esta solución se menciona el nexo que existe en las prestaciones “correspectives”, que hace que carezca de justificación la realización de una prestación cuando la contraprestación no va a poder realizarse).

<sup>35</sup> Artículo 1463 CC italiano: “Nei contratti con prestazioni corrispettive, la parte liberata per la sopravvenuta impossibilità della prestazione dovuta non può chiedere la controprestazione, e deve restituire quella che abbia già ricevuta, secondo le norme relative alla ripetizione dell’indebito.”

<sup>36</sup> “Art. 1453”, LUMINOSO, A., en Scialoja-Branca a cargo de Francesco Galgano, *Commentario del Codice Civile, Libro Quarto- Delle Obligazioni. Della Risoluzione per inadempimento*, I, 1, “Arts. 1453 a 1454”, Bolonia-Roma, 1990, pp. 21ª 22.

<sup>37</sup> Sobre la noción de «causa no imputable», véase PERLINGIERI, P., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall’adempimento. Arts. 1230 a 1259*, en *Commentario del Codice Civile* a cargo de Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, Bolonia, 1975, pp. 449 a 452, quien apunta que es frecuente que se interprete la causa no imputable como causa no culpable (o no imputable a dolo del deudor) con lo que se afirma que la imposibilidad sobrevenida comienza donde se acaba el incumplimiento (concepción que predomina en la doctrina así BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III, núm. 301; BETTI, E., *Teoria generale delle Obligazioni*, I, pp. 110 y ss).

Sin embargo, se han hecho reservas sobre esta afirmación, pues en realidad la coincidencia «ausencia de culpa» y «causa no imputable» tiene numerosas excepciones. De hecho lo relevante para determinar si estamos ante una causa no imputable no es la culpa, sino la noción de responsabilidad (que puede encontrar en la culpa su fundamento principal). Por tanto, se puede afirmar que existe causa no imputable cuando se trata de evento –por norma no culpable– del cual el deudor no es responsable.



automática de la relación (sin necesidad de acudir a juicio o de practicar ningún requerimiento)<sup>38</sup>, en virtud del artículo 1463 CC italiano, figura claramente distinta al remedio previsto en el artículo 1453 CC italiano<sup>39</sup>.

**b. La imposibilidad sobrevenida no imputable en los contratos con eficacia real: el artículo 1465 CC italiano**

[055] El artículo 1465 CC italiano contiene una regulación especial para los contratos con eficacia real. Según lo previsto en este precepto, cuando se trata de contratos que transfieren la propiedad de una cosa determinada o constituyen o transfieren derechos reales, la pérdida de la cosa por causa no imputable al enajenante, no libera al adquirente de la obligación de ejecutar la contraprestación, aunque no se le hubiese entregado dicha cosa<sup>40</sup>. Esto se justifica porque en el sistema transmisivo

<sup>38</sup> Se trata de una resolución independiente de la voluntad de las partes, que opera *ope legis* sin necesidad de iniciativa de las partes (SACCO, R., *Il contratto*, en *Trattato di Diritto Civile Italiano* dirigido por Filippo Vassalli, vol. VI, 2, Turín, 1975, núm. 279); en términos parecidos MIRABELLI, G., afirma que se trata de una extinción total del vínculo que opera de derecho (*"Delle obbligazioni. Dei contratti in generale (Arts. 1321-1469)"*, en *Commentario del Codice Civile*, Libro IV, tomo segundo, Título II, 3ª ed., Turín, 1980, reimpresión 1987, p. 645); GALGANO, habla de una resolución *di diritto* (*Diritto civile e commerciale*, vol. II, *Le obbligazioni e i contratti*, 1, 3ª ed., núm. 108, p. 512; y TRIMARCHI, P., *Istituzioni di Diritto privato*, 11ª ed., Milán, 1996, núm. 272).

<sup>39</sup> SCONAMIGLIO, *Contratti in generale*, vol. IV, p. 274, núm. 79); GALGANO, lo deja claro al afirmar que tanto la resolución por incumplimiento como la responsabilidad del deudor (art. 1218) se excluyen cuando la parte incumplidora pruebe que la prestación ha devenido imposible por causa que no le es imputable. Si lo prueba, consigue su liberación (según el art. 1256) y el contrato se resuelve, no por causa de incumplimiento, sino por una causa distinta, prevista en el artículo 1463, que es la resolución por imposibilidad sobrevenida de la prestación (GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, 3ª ed., núm. 105, p. 492).

Precisamente por la especialidad de la figura prevista en el artículo 1463 es por lo que MIRABELLI, prefiere referirse al "*scioglimento del vincolo*" y sólo admite que se hable en estos casos de resolución, como evento jurídico de "*scioglimento*" del vínculo, no como medio de tutela a disposición de uno de los contratantes (*"Delle obbligazioni. Dei contratti in generale (Arts. 1321-1469)"*, en *Commentario del Codice civile*, p. 645).

<sup>40</sup> Artículo 1465 CC italiano: 1. "Nei contratti che trasferiscono la proprietà di una cosa determinata ovvero costituiscono o trasferiscono diritti reali, il perimento della cosa per una causa non imputabile all'alienante non libera l'acquirente dall'obbligo di eseguire la controprestazione, ancorché la cosa non gli sia stata consegnata."

Y en el tercer párrafo del precepto se hace una precisión: en el caso de que el objeto del contrato sea una cosa determinada por su pertenencia a un género, el adquirente no quedará liberado de ejecutar su contraprestación, si el enajenante hubiese hecho ya la entrega o si la cosa hubiese sido individualizada.

del Código civil italiano el adquirente es ya titular del derecho real<sup>41</sup>, por tanto, rige la regla *res perit domino*. Curiosamente, el sistema de adquisición de los derechos reales determina el tratamiento del problema del riesgo<sup>42</sup> (nótese cómo la CISG, que respeta el sistema de transmisión de los derechos reales de los derechos internos, no extrae en principio consecuencia alguna en orden a la transmisión del riesgo (art. 66 CISG; *vid. infra*. [120-127])).

### c. La posible incidencia del *commodum repræsentationis*

[056] Según lo previsto en el artículo 1259 CC italiano, si la prestación que tiene por objeto una cosa determinada deviene imposible en todo o en parte por un hecho imputable a un tercero, "*il creditore subentra nei diritti spettanti al debitore in dipendenza del fatto che ha causato l'impossibilità e può esigere dal debitore la prestazione di quanto questi abbia conseguito a titolo di risarcimento*". Perlingieri afirma que esta norma responde al principio del *commodum repræsentationis*: el acreedor, insatisfecho por la

<sup>41</sup> Según lo previsto en el artículo 1376 CC italiano, en los contratos que tienen por objeto la transmisión de la propiedad u otros derechos reales, la propiedad o el derecho real se transmite y se adquiere por el consentimiento.

<sup>42</sup> SCONAMIGLIO, *Contratti in generale*, núm. 79. SACCO, resalta el hecho de que el legislador ha hecho que la transmisión del riesgo coincida con la transmisión de la propiedad, de tal forma que rige la regla *res perit domino* (*Il Contratto*, núm. 280). TRIMARCHI, estima que la solución del Código se justifica teniendo en cuenta que como regla, el hecho de que la entrega se posponga a un momento posterior al momento de conclusión del contrato tiene lugar en beneficio del adquirente, que puede no tener una disposición inmediata de medios de transporte, o espacio para recibir la cosa adquirida. A ello se añade el hecho de que, desde el momento en que se adquiere el derecho real sobre la cosa, el adquirente se beneficia de su eventual aumento de valor, y que por lo tanto es justo que correlativamente sufra el riesgo de pérdida fortuita de la cosa: *res perit domino* (TRIMARCHI, P., *Istituzioni di Diritto privato*, Milán, 1996, 11ª ed., núm. 270).

La solución prevista en el primer párrafo se extiende al caso en el que la eficacia real se haya diferido al momento de vencimiento de un término (art. 1465.2) (solución que justifica SCONAMIGLIO, en el hecho de que aunque se haya diferido en el tiempo la eficacia real, existe certidumbre respecto a su posterior operatividad; *Contratti in generale*, núm. 79). En cambio, el cuarto párrafo del artículo 1465 declara que el adquirente quedará liberado de su obligación si la transferencia está sometida a condición suspensiva y la imposibilidad sobreviene antes de que se cumpla la condición (la disparidad de solución en ese caso la explica SCONAMIGLIO, en el hecho de que en este último caso no existe certidumbre respecto de la eficacia real, por lo que es posible resolver de otra manera el conflicto de intereses; *Contratti in generale*, núm. 79).

imposibilidad de la prestación no imputable al deudor, tiene la facultad de obtener aquello que en calidad de «subrogado» ha entrado o puede entrar en el patrimonio del deudor que ha quedado liberado<sup>43</sup>. ¿Qué alcance tiene esta norma en el ámbito de los contratos sinalagmáticos?

En un sistema como el italiano que se basa en el principio de «eficacia traslativa» del consentimiento (art. 1376 CC italiano), la regla establecida en el artículo 1259 CC italiano tiene una esfera de aplicación limitada. En los contratos traslativos del dominio carece de sentido el recurso a este precepto y al mecanismo que prevé de “subingresso” del acreedor en los derechos y acciones del deudor<sup>44</sup>. A partir del momento en el que el acreedor se ha convertido en propietario de la cosa, será él el titular de los derechos y acciones derivados del hecho que ha causado la imposibilidad<sup>45</sup>.

Aunque la doctrina discute la posibilidad de la aplicación del artículo 1259 CC italiano en los casos de contratos con eficacia obligatoria (por contraposición a los contratos de eficacia real), parece dominar la opinión favorable a su aplicación a dichos contratos<sup>46</sup>. De ser así, es

<sup>43</sup> PERLINGIERI, P., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento. Arts. 1230 a 1259*, G., pp. 449 a 452, pp. 523-524. Igualmente BRECCIA, (BRECCIA, U., *Le obbligazioni*, en *Trattato di Diritto privato*, Milán, 1991, pp. 748 a 750) para quien el acreedor que sufre las consecuencias negativas de la imposibilidad no imputable al deudor tiene derecho a aquello que ha ingresado (o es posible que ingrese) en el patrimonio del deudor como “subrogado” de la prestación no ejecutada (con ello se evita que el deudor obtenga ventajas injustificadas).

<sup>44</sup> Si bien esta afirmación no es absoluta pues existen casos de contratos traslativos en los que la aplicación del art. 1259 CC italiano tiene justificación. Así sucede cuando en el contrato se ha diferido el efecto traslativo al vencimiento de un término, puesto que en este caso, en virtud del art. 1465, II CC italiano se aplica la misma regla que en los contratos inmediatamente traslativos, es decir, el acreedor de la prestación devenida imposible sigue obligado a realizar su contraprestación, aunque no se le haya transferido la propiedad; y lo mismo sucede en la compraventa con reserva de dominio, en la que el riesgo pasa al comprador desde el momento de la entrega (aunque todavía no sea propietario; art. 1523 CC italiano). En ambos casos, tiene sentido que el acreedor pueda “subentrar” en los derechos del deudor derivados del hecho que ha causado la imposibilidad (CLEMENTE MEORO, M., *El acreedor de dominio*, Valencia, 2000, § 9, núm. 47, p. 127).

<sup>45</sup> Por todos, PAVONE LA ROSA, “Rassegna di giurisprudenza in tema de responsabilità”, *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1950, p. 1066 y de forma semejante COVIELLO, *Annali Fac. guir. Univ. Perugia*, LVII, 1946, p. 110 y ss., BARBERO *Foro pad.*, 1951, III, p. 159; y BUSNELLI, F.D., (*Lesione del credito da parte di terzi*, Milán, 1964, p. 187).

<sup>46</sup> PERLINGIERI, P., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento. Arts. 1230 a 1259*, p. 540.

necesario coordinar la norma prevista en el artículo 1259 CC italiano con la disciplina de la resolución por imposibilidad sobrevenida no imputable. No es admisible que el acreedor pueda negarse a realizar su contraprestación (art. 1463 CC italiano) y al mismo tiempo subrogarse en los derechos del deudor en virtud del artículo 1259 CC italiano. Puede suceder que al acreedor le interese renunciar a la aplicación del artículo 1463 CC italiano y valerse de lo previsto en el artículo 1259 CC italiano, así ocurrirá en los casos en que él ya hubiese efectuado su contraprestación y por su naturaleza o por las circunstancias, ésta resulta irrepetible<sup>47</sup>. El acreedor que se valga de lo previsto en este precepto debe realizar su contraprestación si no la había realizado ya<sup>48</sup>. Y es precisamente el hecho de que al acreedor le pueda interesar el mantenimiento del contrato y la obtención del *commodum*, la que ha llevado a Bianca a defender que los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable no deben suponer la disolución automática del vínculo<sup>49</sup>, con lo que se matiza la afirmación de que la resolución del artículo 1463 CC italiano es inmediata y automática.

### 3. La teoría de los riesgos en la doctrina francesa

[057] La doctrina hoy mayoritaria en Francia sostiene que el artículo 1184 CC francés, que regula la resolución por incumplimiento, no resulta aplicable en los supuestos en los que el incumplimiento no sea imputable al deudor. Según estos autores, en los casos de imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable al deudor se aplica la denominada **teoría de los riesgos** (*théorie des risques*), de creación

---

<sup>47</sup> PERLINGIERI, P., *Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento. Arts. 1230 a 1259*, p. 541.

<sup>48</sup> BRECCIA, U., *Le obbligazioni*, en *Trattato di Diritto privato*, pp. 748 a 750.

<sup>49</sup> BIANCA-BONELL, *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, Milán, 1963, p. 146.

doctrinal, como mecanismo independiente de la resolución del contrato por incumplimiento<sup>50</sup>.

**a. Principio «res perit debitori»**

[058] La ausencia en el Código civil francés de una norma que regule los efectos de la imposibilidad sobrevenida no imputable llevó a la doctrina francesa del siglo XIX a elaborar la **teoría de los riesgos**. Esta doctrina se construye a partir de tres grupos de disposiciones<sup>51</sup>: a) los artículos 1722 y 1741 CC francés, que en el ámbito del contrato de arrendamiento declaran que si la cosa arrendada se pierde totalmente y de forma fortuita, el contrato se resuelve de pleno derecho (*résilié de plein droit*); b) el artículo 1788 CC francés, que respecto del contrato de obra establece que en el caso de que el comitente haya aportado la materia prima, si la cosa se destruye antes de la entrega, la pérdida es suya; y c) el artículo 1867 CC francés -hoy derogado- que respecto del contrato de sociedad determinaba que la sociedad debía disolverse en el caso de que uno de los socios hubiese prometido poner en común la propiedad de una cosa y ésta se perdiese antes de ello, o si hubiese prometido poner sólo el disfrute de la cosa y ésta se perdiese antes de ello<sup>52</sup>.

En los tres grupos de preceptos que hemos apuntado, el *periculum obligationis* recae sobre el deudor puesto que el acreedor no se ve obligado a realizar su contraprestación. A partir de ellos la doctrina francesa extrajo una teoría autónoma de los riesgos, conforme a la cual, **en caso de que una de las obligaciones se extinga por caso fortuito o**

<sup>50</sup> Por todos, STARCK, B., ROLAND, H. y BOYER, L., *Obligations*, tomo II, *Contrat*, 5ª ed., París, 1995 núm. 1668; MALAURIE y AYNÈS, *Les obligations*, 6ª ed., núm. 740.

<sup>51</sup> PLANIOL y RIPERT, VI, 2ª ed. por Esmein, núm. 413, p. 561.

<sup>52</sup> TERRÉ, SIMLER, LEQUETTE, *Droit civil*. 5ª ed., núm. 641.

fuerza mayor, se produce la *extinción automática* de la obligación recíproca<sup>53</sup>. El riesgo es del deudor, porque aunque queda liberado de la obligación cuyo cumplimiento ha devenido imposible por caso fortuito o fuerza mayor, tampoco puede reclamar la prestación del acreedor: *res perit debitori*<sup>54</sup>.

Los autores insisten en que el régimen de la teoría de los riesgos es diferente del de la resolución por incumplimiento prevista en el artículo 1184 CC francés. En el ámbito de la teoría de los riesgos, la extinción del contrato opera de pleno derecho mientras que en el de la resolución por incumplimiento (imputable) opera por declaración judicial. Además, el efecto extintivo de la aplicación de la teoría de los riesgos puede ser invocado por cualquiera de las partes, mientras que la resolución por incumplimiento sólo puede ser hecha valer por el acreedor de la

<sup>53</sup> En este punto GHESTIN, y BILLIAU, denuncian que si bien la doctrina podría haber circunscrito estas excepciones al ámbito de los contratos de arrendamiento, de obra y de sociedad, defendiendo que en estos casos la resolución puede operar de pleno derecho, sin embargo, ha preferido emplear un razonamiento "inducción-deducción", y de casos particulares, extraer un principio general (*Traité de Droit civil. Les obligations*. núm. 519).

<sup>54</sup> Del origen de dicha teoría de los riesgos se han ocupado con cierto detenimiento GHESTIN y BILLIAU, (*Traité de Droit Civil. Les obligations*. núm. 520). Según exponen dichos autores, mientras que la mayoría de los autores importantes del siglo XIX (DEMOLOMBE, C., LAROMBIÈRE) admitían que el artículo 1184 CC francés podía aplicarse a todo incumplimiento, cualquiera que fuera su causa, PLANIOL, sostuvo que en los casos de imposibilidad por fuerza mayor, la resolución del contrato no es consecuencia de una acción de resolución, sino el efecto de una regla no escrita conforme a la cual, la fuerza mayor que extingue las obligaciones de una de las partes, extingue necesariamente, y al mismo tiempo, las obligaciones de la otra. PLANIOL, desarrolla tres argumentos cuya única finalidad es distinguir la teoría de los riesgos de la resolución del artículo 1184 CC francés:

1. - El primero es de orden histórico: el Derecho romano, la acción de resolución, permitida de forma excepcional, no podía ejercerse en la hipótesis de caso fortuito. Según Planiol, esa enseñanza fue recogida por Pothier y se sorprende de que los redactores del Código, y en concreto, del art. 1184 CC francés, se alejaron del pensamiento de un autor que tanto les había inspirado.
2. - El segundo se refiere a los fundamentos de ambas instituciones. En el ámbito de la teoría de los riesgos, desaparecida la obligación del deudor como consecuencia de un caso fortuito o fuerza mayor, la obligación del acreedor deja de tener contrapartida, por tanto, queda sin causa y desaparecida. En el ámbito de la resolución por incumplimiento, la obligación del acreedor no deja de tener causa.
3. - El tercer argumento se refiere al régimen diferente de ambos mecanismos. Mientras que la resolución resulta de un acto judicial, en caso de fuerza mayor ambos contratantes quedan liberados de pleno derecho.

Estos argumentos avanzados por Planiol han sido posteriormente recogidos y completados por la doctrina. Aunque, hoy en día, existen posiciones divergentes sobre la determinación del fundamento de la teoría de los riesgos, de tal forma que si bien existen autores que siguen refiriéndose a la noción de causa, otros se muestran más reticentes y prefieren invocar la voluntad presunta de las partes, o los principios de buena fe y justicia conmutativa.

prestación incumplida<sup>55</sup>. Por fin, mientras que la resolución por incumplimiento puede ir acompañada de indemnización de daños y perjuicios, en caso de imposibilidad no imputable, ello no es posible<sup>56</sup>.

En contra de la opinión dominante en la doctrina francesa, la jurisprudencia de la *Cour de cassation* no toma en cuenta esta distinción entre teoría de los riesgos y resolución por incumplimiento. Desde un *arrêt* de 14 de abril de 1891 la jurisprudencia francesa viene aplicando el artículo 1184 CC francés, incluso en los casos en los que el incumplimiento provenga de caso fortuito o fuerza mayor, afirmando que dicho precepto no distingue entre las causas del incumplimiento, y que por tanto, la fuerza mayor no constituye una excepción a la regla prevista en dicho precepto. Como no podía ser menos, dicha jurisprudencia es severamente criticada por la doctrina mayoritaria, aunque un sector minoritario se muestra de acuerdo con el criterio jurisprudencial.

#### **b. «Res perit domino» en los contratos traslativos de dominio**

[059] El criterio que acabamos de exponer, extinción de la relación obligatoria sinalagmática por imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor, tiene una importante excepción en los contratos traslativos. Conforme a lo previsto en el **artículo 1138 CC francés**, el consentimiento de las partes determina la obligación de entrega y el nacimiento de esta obligación provoca la transmisión de la propiedad. **El riesgo será de cuenta del acreedor desde el momento en que la cosa debió ser entregada**, aun cuando la entrega efectiva no se haya llevado a cabo (si

<sup>55</sup> MALAURIE et AYNES, *Les obligations*, 6ª ed., núm. 740 y núm. 761; STARCK, por ROLAND y BOYER, *Obligations*, 2ª ed., núm. 1665.

<sup>56</sup> STARCK, por ROLAND y BOYER, *Obligations*, 2ª ed., núm. 1665 ponen de manifiesto que no hay que exagerar esta última conclusión pues el otorgamiento de la indemnización de daños y perjuicios previsto en el artículo 1184 CC francés es una facultad dejada al prudente arbitrio del juez, no un elemento intrínseco al mecanismo resolutorio.

bien, en caso de mora del deudor, el riesgo corre de su cuenta)<sup>57</sup>. Esto significa que en el caso de compraventa (contrato traslativo de dominio), si el objeto del contrato (cosa cierta) se destruye antes de la entrega, por causa no imputable al vendedor, **éste queda liberado de su obligación pero tiene derecho a exigir la prestación del comprador (precio)**.

Nótese como el efecto de la regla romana *res perit creditori*<sup>58</sup> se consigue en Francia, en los contratos traslativos, a través de la regla *res perit domino*. Esta apreciación no pasa inadvertida a la doctrina francesa que justifica esta regla especial de los contratos que transmiten la propiedad (compraventa, permuta, donación con cargas)<sup>59</sup> en el hecho de que en el Código civil francés, la propiedad se transmite por el simple consentimiento y **la transmisión de los riesgos va asociada a la transmisión de la propiedad**. El comprador soporta los riesgos de la cosa, precisamente porque es el propietario desde el acuerdo de voluntades: *res perit domino*<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Artículo 1138 CC francés: "L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes.

Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier."

<sup>58</sup> Esto es lo que la doctrina francesa reconoce que sucedía en el Derecho romano, donde el riesgo de la cosa recaía sobre el comprador desde el instante de la conclusión del contrato de venta (*res perit creditori*); y ello aunque no se le hubiese transmitido la propiedad, que tenía lugar mediante la *traditio*. Regla que fue aplicada hasta la promulgación del Código civil francés y apoyada por autores tan importantes como Domat y Pothier (GHESTIN/BILLIAU, *Les obligations*, núm. 526).

<sup>59</sup> La fórmula general prevista en el artículo 1138 CC francés, permite aplicar, en principio, la regla que de él se extrae a todos los contratos que entrañan la transmisión de la propiedad de una cosa determinada. Así, por ejemplo, para la venta, el artículo 1647.2 CC francés establece que "la perte arrivée par cas fortuit sera pour le compte de l'acheteur"; en virtud del artículo 1707 CC francés, el mismo principio rige para la permuta; y por último, en caso de donación con cargas, el artículo 938 CC francés, después de recordar que la propiedad se transfiere al donatario por el solo consentimiento, declara que desde ese momento los riesgos son de él, de tal forma que debe respetar sus obligaciones aunque la cosa se pierda (GHESTIN/BILLIAU, *Les obligations*, núm. 530).

<sup>60</sup> Existen otros intentos de explicación de la regla especial de los contratos traslativos de la propiedad. Así, se ha afirmado que puesto que desde la celebración del contrato el comprador se beneficia de los frutos de la cosa, crecimiento y plusvalía de la cosa, justo es que en compensación asuma los riesgos: puesto que tiene el *commodum*, debe tener el *periculum*. Esta explicación no resulta convincente, puesto que, como señala STARCK, (STARCK, por ROLAND y BOYER, *Obligations*, 2, 2ª ed., núm. 576), no se pueden contraponer para que se compensen entre sí, la posibilidad del aumento de valor de la cosa con los riesgos de pérdida de ésta. Otra explicación que se ha intentado dar a esta regla, sin éxito, se basa en una presunción de voluntad de las partes, entendiendo que el comprador cuando celebra el contrato de compraventa asume los riesgos de pérdida de la cosa.



**c. La incidencia del *commodum repræsentationis***

[060] En el Derecho francés, la existencia de un *commodum repræsentationis*, ¿tiene alguna incidencia en las reglas que acabamos de formular? Recuérdese que sí la tiene en el Derecho alemán y en el Derecho italiano.

Según lo previsto en el artículo 1302 CC francés, si la cosa objeto de la obligación se pierde sin culpa del deudor, la obligación queda extinguida, pero a continuación, el artículo 1303 CC francés establece que en el caso de que existan derechos o acciones de indemnización por razón de la cosa, el deudor tiene que cederlas al acreedor de la cosa<sup>61</sup>.

Curiosamente, la doctrina francesa ni siquiera se plantea la cuestión del *commodum* cuando se ocupa de los efectos de la imposibilidad sobrevenida no imputable en la relación obligatoria sinalagmática. La ausencia de referencia a esta cuestión puede tener varias causas. La primera, es que se considere que el artículo 1303 CC francés no tiene aplicación en los casos de contratos sinalagmáticos sino que únicamente se refiere a las obligaciones unilaterales de dar cosa cierta. Y la segunda es que se estime que lo previsto en este precepto carece de trascendencia en el ámbito de la denominada *teoría de los riesgos*: en el caso de que opere la regla *res perit debitori* porque tiene lugar una extinción automática de la relación, y puesto que el acreedor no cumple su prestación, justo es que no reciba el *commodum* que tenía que entregar el deudor. Y en el caso de contratos traslativos de la propiedad, y de la regla *res perit domino*, por el hecho de que las acciones nacen directamente a favor del acreedor como propietario de la cosa. Ésta parece ser la solución por la que se decanta la

---

<sup>61</sup> Artículo 1303 CC francés: "Lorsque la chose est périe, mise hors du commerce ou perdue, sans la faute du débiteur, il est tenu, s'il y a quelques droits ou actions en indemnité par rapport à cette chose, de les céder à son créancier".

doctrina francesa que considera que la norma del artículo 1303 CC francés es inútil y un inexplicable descuido del legislador que no tuvo en cuenta el nuevo sistema establecido en el artículo 1138 CC francés.

[061] *A modo de síntesis.*- El Derecho comparado nos demuestra que una solución, en principio posible, para los supuestos de imposibilidad sobrevenida no imputable, es la **extinción automática de la relación obligatoria**. Figura distinta y autónoma de la resolución por incumplimiento. Esta es la solución que se ha adoptado tanto en ordenamientos en los que el legislador ha previsto la cuestión, como en otros, en los que, a pesar de que el Código no tiene una norma que lo establezca expresamente, la doctrina ha elaborado una teoría que desemboca en unos resultados semejantes.

Esta regla conoce una excepción importante en los ordenamientos francés e italiano, en los que en caso de contratos traslativos de la propiedad, el acreedor de la prestación devenida imposible está obligado a realizar su contraprestación aunque no recibe nada a cambio. Esta solución es fruto de la regla *res perit domino*, conforme a la cual el comprador asume el riesgo en su calidad de propietario, no de acreedor.

## **B. LA DOCTRINA DE LOS RIESGOS EN EL DERECHO ESPAÑOL**

[062] El hecho de que el legislador español no haya regulado de forma expresa los efectos que la imposibilidad sobrevenida no imputable puede tener en el marco de una relación obligatoria sinalagmática, ha llevado a una parte importante de la doctrina a considerar que en estos casos resulta aplicable la doctrina de los riesgos y no la resolución por incumplimiento

prevista en el artículo 1124 CC. Veamos cómo se ha elaborado dicha doctrina y cuáles son los resultados que provoca.

### 1. Consideraciones sobre la construcción de la doctrina de los riesgos en el Derecho español

[063] Como ya hemos señalado anteriormente, en la medida en que la insatisfacción del interés del acreedor sólo sea considerada incumplimiento si proviene de una causa subjetivamente imputable al deudor<sup>62</sup> será necesario distinguir entre el ámbito de la **responsabilidad** (por incumplimiento) y el del **riesgo**. El primero construido principalmente en torno a una imputación basada en la **culpabilidad** y el segundo basado en el **carácter fortuito** del incumplimiento<sup>63</sup>.

[064] Según esta construcción, la **resolución** prevista en el **artículo 1124 CC** constituye un remedio propio de la **responsabilidad** contractual por incumplimiento imputable y por tanto no es aplicable en los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable. De hecho, la resolución es contemplada como una reacción frente al hecho ilícito del incumplimiento y se aproxima más a la idea de sanción al contratante incumplidor que a la

<sup>62</sup> Así se entienden las palabras de BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P., que defiende que la falta de cumplimiento se convertirá técnicamente en incumplimiento, "en el caso de que tal situación objetiva sea debida a culpabilidad del deudor" (*El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1990, p. 48); o del propio PINTÓ RUIZ, J.J., ("Incumplimiento de las obligaciones civiles", en *N.E.J., Seix*, vol. XII, Barcelona, 1951, pp. 184 y ss.) que sostiene que cuando la prestación no es ejecutada a su vencimiento, naturalmente no existe cumplimiento, y "estamos ante una simple situación de *falta de cumplimiento*, que llegará a constituir técnicamente «incumplimiento» si tal situación objetiva es debida a «culpabilidad» del deudor". Según este autor, el incumplimiento se compone de dos elementos fundamentales: a) la inadecuación de la conducta del deudor con el contenido de la prestación; b) la existencia de culpabilidad del deudor. Aunque acaba reconociendo que no se puede prescindir de las situaciones de falta de cumplimiento (o incumplimiento no culpable) porque también producen efectos específicos. Así por ejemplo, el incumplimiento no culpable por imposibilidad sobrevenida provoca la extinción de la obligación; llega a afirmar que en caso de incumplimiento no culpable, es posible acudir al artículo 1124 CC pues este precepto no exige el requisito de la culpa

de remedio puesto a disposición del acreedor. Así lo ponen de manifiesto un buen número de autores al ocuparse precisamente de la resolución por incumplimiento.

[065] Traviesas declara de forma contundente que “(n)o surgirá, creo yo, el derecho de opción del artículo 1124 CC por cualquier causa de incumplimiento, sino por **incumplimiento imputable**. No puede decirse que incumbe obligación de cumplir al contratante que no puede hacerlo por causa que no le sea imputable, y el artículo 1124 CC subordina la resolución al hecho de que incumbe a uno de los contratantes el cumplimiento de la obligación.” Acaba afirmando este autor que “(d)e no admitirse esta tesis de la imputabilidad, habría que entender (...) que el caso fortuito no podría ser alegado nunca como causa justificadora de incumplimiento en obligaciones bilaterales”<sup>64</sup>.

Roca Sastre también se pronuncia a favor de que el artículo 1124 CC sólo alude a un **incumplimiento imputable** “y no al de carácter fortuito o por imposibilidad objetiva, subsiguiente, de cumplir la prestación”<sup>65</sup>.

Fernández Cantos sostiene que “(n)o procede (...) la resolución del 1124 CC sino por la **imposibilidad provocada o voluntaria**” y aclara que no cabe sostener que incumplimiento signifique lo mismo que falta de cumplimiento por imposibilidad de cumplir, pues chocaría con el sentido del artículo 1124 CC ya que sería un contrasentido la facultad de optar por lo imposible<sup>66</sup>.

Y Puig Peña, refiriéndose al artículo 1124 CC, declara que «incumplir» significa «**incumplir culpablemente**» y no vale fijarse en la simple literalidad del precepto para afirmar que la expresión legal es «incolora». En los supuestos en los que no existe culpabilidad en el deudor que no cumple, no hay incumplimiento en sentido técnico y el acreedor no puede como regla general invocar el artículo 1124 CC y solicitar la resolución del contrato<sup>67</sup> (aunque

<sup>63</sup> BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, declara que inimputabilidad es ausencia de culpa en sentido amplio (*El incumplimiento de las obligaciones*, p. 133), por lo que se puede decir que imposibilidad sobrevenida sin culpa es lo mismo que no imputable (p. 134).

<sup>64</sup> TRAVIESAS, M.M., “Obligaciones recíprocas”, *R.D.P.*, núm. 192, 1929, pp. 273 a 288, p. 278.

<sup>65</sup> ROCA SASTRE, R.M., “El riesgo en el contrato de compraventa”, *Estudios de Derecho Privado*, I, *Obligaciones y contratos*, Madrid, 1948, pp. 384 a 403, p. 394.

<sup>66</sup> FERNÁNDEZ CANTOS, J.L., se refiere a que el artículo 1124 CC otorga al acreedor la opción entre exigir el cumplimiento o la resolución del contrato, pues en caso de imposibilidad, difícilmente podrá optar por el cumplimiento (“La resolución de los contratos por causa de incumplimiento. (Requisitos necesarios para la aplicación del artículo 1.124)”, *R.G.L.J.*, 1960, núm. 209, pp. 34 a 114, p. 72 y 75 y nota 105).

<sup>67</sup> PUIG PEÑA, F., “La culpabilidad y la resolución del negocio jurídico bilateral”, *R.G.L.J.*, 221, julio-agosto 1966, pp. 9 a 26, pp. 14 y 19.

OGAYAR AYLLÓN, T., se suma a las palabras de Puig Peña, pero va más lejos y acaba declarando que: “En definitiva para que el incumplimiento de una obligación recíproca origine su resolución, es necesario que el mismo se produzca por no querer el obligado cumplir la prestación a que se comprometió, con intención y propósito claro y manifiesto de no cumplir, eludiendo el cumplimiento con su conducta dolosa” (*Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina Jurisprudencial sobre los artículos 1124 y 1504 del Código civil*, Pamplona, 1983, pp. 84 a 88)

reconoce que esta figura de la resolución puede resultar útil para solucionar precisamente los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable si bien es necesario que ello esté expresamente previsto en la ley.

Álvarez Vigaray<sup>68</sup>, en su monografía sobre la resolución por incumplimiento, reconoce que en este punto existen numerosas discrepancias doctrinales y que incluso las soluciones de los ordenamientos positivos son diversas. A pesar de admitir que el artículo 1124 CC no resuelve de un modo claro la cuestión de si se requiere o no que el incumplimiento sea culpable para que proceda la resolución, afirma que el tenor del artículo 1124 CC parece ofrecer una base más clara a la exigencia de la «culpabilidad»<sup>69</sup>. Este autor ahonda en los distintos argumentos posibles para defender el carácter necesariamente culpable del incumplimiento previsto en el artículo 1124 CC. Dichos argumentos se pueden clasificar en tres grupos:

1º) Aunque el artículo 1124 CC no lo diga expresamente, «incumplir» significa incumplir culpablemente, así lo establece con carácter general el artículo 1105 CC cuando declara que “fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que, previstos, fueran inevitables”;

2º) El hecho de que el artículo 1124 CC mencione en su segundo párrafo la posibilidad de escoger entre el cumplimiento o la resolución y en ambos casos la indemnización de daños y perjuicios, presupone la existencia de culpa en el incumplimiento;

3º) El tercer párrafo establece la posibilidad de que el Tribunal señale un plazo de gracia al deudor, lo cual carece de sentido en los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable<sup>70</sup>.

[066] Si tal y como defienden estos autores, el artículo 1124 CC no resulta aplicable en los supuestos de incumplimiento no imputable, los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable caen fuera de su ámbito. A falta de una regulación expresa de la atribución de riesgos, estos mismos autores aplican, o bien la **doctrina de los riesgos** de elaboración doctrinal<sup>71</sup>, o bien los principios inspiradores del **artículo 1274 CC**

<sup>68</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, pp. 153 y ss., especialmente p. 154.

<sup>69</sup> Hay otros autores que sin ocuparse expresamente de este precepto, han dado su opinión contraria a la aplicación del artículo 1124 CC en estos casos: por ejemplo, BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, (*El incumplimiento de las obligaciones*, p. 51) sostiene expresamente que para que proceda la resolución, hace falta la existencia de culpabilidad.

<sup>70</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, pp. 152 a 158.

<sup>71</sup> En palabras de CRISTÓBAL MONTES, A., cuando en el marco de una relación obligatoria sinalagmática una de las obligaciones se extingue por imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor, y se determina qué es lo que sucede con la obligación de la otra parte contratante, ello “nos adentra en la teoría de los riesgos y nos extrae del ámbito escueto del incumplimiento de las obligaciones para situarnos

(entendida la imposibilidad como sobrevenida desaparición de la causa que justifica la resolución)<sup>72</sup> y del artículo 1124 CC. Quede claro que no aplican directamente este último precepto sino que realizan una aplicación analógica del mismo.

**a. El efecto liberatorio que provoca la aplicación de la doctrina de los riesgos**

[067] Partiendo de la regulación contenida en el Código civil, según la cual la imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable al deudor provoca la **extinción de su obligación** y queda por tanto liberado (arts. 1182 y 1184 CC), la doctrina de los riesgos establece que en caso de relación obligatoria sinalagmática, **la otra parte de la relación obligatoria, queda igualmente liberada de realizar la contraprestación**. La regla doctrinal significa la liberación de ambos contratantes ante la imposibilidad de cumplir en la que se encuentra uno de ellos. Supone que el vínculo obligatorio queda disuelto sin necesidad de sentencia judicial ni de declaración de ningún tipo por las partes: **la extinción de la relación obligatoria se produce de forma automática**.

[068] En apoyo de esta solución, es fácil encontrar referencias al propio artículo 1124 CC, así por ejemplo Ogáyar Ayllón afirma claramente que “(...) en las obligaciones recíprocas, ante la falta de disposición concreta y

---

en el más genérico de la inexecución contractual y la asunción del *periculum*”, advirtiendo que la ley no trata siempre de la misma manera la problemática de los riesgos. (*El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1989, p. 188).

CASTÁN se refiere a una *teoría de los riesgos* elaborada por la doctrina científica (*Derecho civil español, común y foral*, 12ª ed., p. 129); y en el mismo sentido OGAYAR AYLLÓN, (*Efectos que produce la obligación bilateral*, pp. 17 y 167-170; ÁLVAREZ VIGARAY, R., (*La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, pp. 157-158).

<sup>72</sup> Así lo expone DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos*, II, p. 721) Aunque este autor considera que no es necesario acudir a este precepto para justificar la resolución en los casos de imposibilidad sobrevenida (estos casos quedan incluidos en el supuesto de hecho del artículo 1124.

específica rige el principio general de que cuando por caso fortuito o fuerza mayor se imposibilita el cumplimiento de la obligación de una de las partes, se extingue también la de la otra al mismo tiempo, esto es, se resuelve la obligación y se libera de ella a ambas partes, al amparo del artículo 1124 (...)”<sup>73</sup>, pues “cuando la prestación resulta imposible, con imposibilidad sobrevenida, ya no hay otra opción ni otra posibilidad que la resolución misma”<sup>74</sup>. Con anterioridad Puig Peña ya defendió la posibilidad de recurrir en estos casos, al expediente de la resolución por incumplimiento (a pesar de que la misma está prevista para un incumplimiento culpable)<sup>75</sup>.

[069] Los autores defensores de la doctrina de los riesgos aclaran que la misma (con los efectos extintivos de la relación que provoca), resulta aplicable en la medida en que el ordenamiento no haya previsto para el caso concreto una **regla especial de distribución de riesgos**<sup>76</sup> (v. gr. art.

<sup>73</sup> OGÁYAR AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina Jurisprudencial sobre los Artículos 1124 y 1504 del Código Civil*, pp. 169-170. Además, pone de relieve que algunas legislaciones sí que han consagrado en su articulado la solución que califica como teoría de los riesgos y en tal sentido cita el artículo 1463 del CC italiano y el § 323 BGB.

<sup>74</sup> OGÁYAR AYLLÓN, dice que ésta es la diferencia con relación al incumplimiento voluntario, en cuyo caso el artículo 1124 CC establece que el acreedor puede optar entre el cumplimiento y la resolución (*Efectos que produce la obligación bilateral*, p. 167).

<sup>75</sup> PUIG PEÑA, F., (“La culpabilidad y la resolución del negocio jurídico bilateral”, *R.G.L.J.*, tomo 221, julio-agosto 1966, pp. 9 a 26). Después de afirmar que el incumplimiento del artículo 1124 CC es un incumplimiento “culpable” añade que: “Ello no obsta, sin embargo, para que en la realidad de la vida se den *supuestos especiales* en los que pueda y deba aceptarse una situación de incumplimiento- o mejor, análogo al incumplimiento- fuera del expediente de la culpabilidad; pero sólo con el fin de que la parte cumplidora pueda «utilizar» y valerse de las consecuencias propias de incumplimiento culpable o típico”. Y como ejemplo de esto último cita el supuesto de la «imposibilidad subsiguiente de prestación» y afirma que a ello le autoriza el artículo 1124 CC párrafo segundo *in fine* cuando declara que “también podrá pedir la resolución, aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible” (pp. 20-21). La justificación a esta solución la encuentra Puig Peña en que “las legislaciones autorizan la resolución en base a los intereses del acreedor que ha cumplido, ya que no se puede cargar en el patrimonio del contratante la mayor o menor inculpabilidad del otro. Es ciertamente una *desgracia*, pero una desgracia que deben soportar él y los suyos, no la contraparte que en definitiva cumplió bien” (p. 22), aunque, precisa, que es necesario que estas situaciones estén expresamente previstas en la ley como situaciones especiales en las que el legislador pasa por encima de la culpa del obligado “permitiéndole que se le pueda exigir responsabilidad forzándole al cumplimiento o a la resolución del vínculo” (p. 22).

<sup>76</sup> CRISTÓBAL MONTES, *El incumplimiento de las obligaciones*, p. 188.

1452 CC en el contrato de compraventa), y que las partes, en virtud de la **autonomía de la voluntad**, no hayan pactado otra cosa.

[070] Curiosamente, a diferencia de lo que prevén los Códigos civiles alemán e italiano, la doctrina española defensora de la extinción automática de la relación sinalagmática cuando una de las prestaciones se ve afectada por una imposibilidad sobrevenida no imputable, no se plantea la posibilidad de que exista un *commodum repræsentationis* de la prestación devenida imposible que justifique en estos casos la posibilidad de que el acreedor opte por el mantenimiento de la relación obligatoria<sup>77</sup>.

En el supuesto de que se admita, el acreedor deberá ejecutar su contraprestación a cambio del *commodum*.

#### **b. La diferente justificación de la restitución en el ámbito de la doctrina de los riesgos**

[071] Los autores que en nuestro Derecho han defendido la doctrina de los riesgos no han hecho especial hincapié en determinar qué sucede cuando el acreedor de la prestación devenida imposible por causa no imputable al deudor había realizado ya la contraprestación que le correspondía.

En principio, una vez operada la extinción automática de la relación obligatoria, la prestación realizada por el acreedor deja de estar justificada. Dicho en otras palabras, el desplazamiento patrimonial que ha supuesto la prestación carece de causa (no hay ninguna razón que autorice al deudor a conservar lo recibido) y el acreedor tiene derecho a reclamar la restitución.

La justificación de la restitución en los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable se halla en el enriquecimiento sin causa o

---

<sup>77</sup> Y ello a pesar de la existencia de un precepto como el artículo 1186 CC que contempla la figura del *commodum repræsentationis* en el ámbito de las obligaciones de dar.



injustificado. Hay ordenamientos que tienen consagrados regímenes distintos para las restituciones fundadas en la resolución por incumplimiento y en la extinción de la relación obligatoria por imposibilidad sobrevenida no imputable. En nuestro Ordenamiento directamente no se establecen dos regulaciones, pero admitir la extinción automática de la relación obligatoria obliga a buscar el fundamento para la pretensión de restitución del acreedor en el enriquecimiento sin causa<sup>78</sup>.

## 2. Consecuencias más importantes de la distinción entre resolución por incumplimiento y disolución conforme a la doctrina de los riesgos

[072] Llegados a este punto, se comprenderá mejor la insistencia con la que los autores que defienden la doctrina de los riesgos ponen de relieve que no ha de confundirse ésta con la resolución del contrato por incumplimiento. Así, Álvarez Vigaray<sup>79</sup> sostiene que mientras que ambas figuras coinciden en que parten de un contrato sinalagmático y de la falta de cumplimiento de una de las partes del mismo, a partir de ahí, todo son diferencias:

1. La doctrina de los riesgos sólo aparece en caso de imposibilidad sobrevenida no imputable mientras que la resolución por incumplimiento sólo se plantea cuando la inejecución es debida a culpa del deudor. Cada figura tiene su **esfera de aplicación propia**.

<sup>78</sup> Éste es precisamente uno de los obstáculos que pone DELGADO ECHEVERRÍA, J., a la admisión de la postura doctrinal que defiende la extinción de la relación obligatoria amparándose en los principios en los que se inspiran los artículos 1124 y 1274 CC, que en caso de que el acreedor hubiese cumplido, obliga a buscar un fundamento para la pretensión de restitución por parte del acreedor en el enriquecimiento sin causa (en Lacruz Berdejo *et al.*, *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, vol. 1º, *Parte General. Teoría General del Contrato*, 3ª ed., Barcelona, 1994, pp. 203 a 204).

<sup>79</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, p. 158.

2. Sólo procede **indemnización de daños y perjuicios** en el ámbito de la resolución por incumplimiento, nunca en caso de imposibilidad no imputable.
3. En caso de imposibilidad sobrevenida no imputable, el deudor se libera automáticamente y el **contrato se disuelve de pleno derecho**. Mientras que la resolución por incumplimiento es **pronunciada por el juez** a instancia del acreedor, o cuando menos ha de ser declarada por éste.
4. En caso de imposibilidad sobrevenida no imputable, la disolución del contrato tiene lugar **automática e inevitablemente**, mientras que en caso de falta de cumplimiento imputable al deudor, la resolución del contrato puede evitarse por el acreedor que prefiere **exigir el cumplimiento** y por el juez que rechaza la demanda de resolución o que concede al deudor un plazo de gracia.<sup>80</sup>

A estas diferencias se podría añadir la relativa a las reglas por las que se rige la restitución en uno y otro caso.

### **3. Falta de respaldo jurisprudencial a la distinción entre doctrina de los riesgos y resolución por incumplimiento**

[073] La opinión de estos autores, como ellos mismos admiten, no ha trascendido a la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La imposibilidad sobrevenida no imputable es contemplada por la jurisprudencia como justa

---

<sup>80</sup> CLEMENTE MEORO, M., *La resolución de los contratos por incumplimiento. (Estudio comparativo, doctrinal y jurisprudencial del derecho inglés y del derecho español)*, Valencia, 1992, pp. 164 a 165) también recoge las críticas doctrinales a lo que se denomina confusión entre la doctrina de los riesgos y la resolución por incumplimiento.

Y en términos análogos, MÉLICH ORSINI, J., sostiene que no se deben confundir ambos institutos (resolución por incumplimiento y doctrina de los riesgos), existiendo entre ellos grandes diferencias en cuanto a los mecanismos de aplicación. Este autor también defiende que la resolución por

causa de resolución del artículo 1124 CC, cuando afirma que forma parte del supuesto de hecho de la norma, el “hecho obstativo que de modo absoluto impide el cumplimiento”<sup>81</sup>.

#### **4. Dos intentos recientes de construir la imposibilidad sobrevenida no imputable al margen del incumplimiento**

[074] Existen autores recientes, y no tan recientes, que siguen manteniendo la necesidad de distinguir la figura de la imposibilidad sobrevenida no imputable del denominado incumplimiento. Sin embargo, estos autores ya no defienden un concepto de incumplimiento basado en la culpa del deudor o en la imputabilidad subjetiva del mismo al deudor, con lo que su planteamiento difiere notablemente de lo visto hasta este momento.

##### **a. La tesis de Jordano Fraga**

[075] Uno de los autores que últimamente ha situado la imposibilidad sobrevenida fortuita fuera del ámbito del incumplimiento contractual ha sido Jordano Fraga.

Este autor sostiene que no hay que establecer una alternativa entre incumplimiento culpable e incumplimiento «inculpable», sino entre «incumplimiento (sin más)» y «no-cumplimiento (extinción de la obligación)»<sup>82</sup>. Defiende que la culpa no es elemento constitutivo de la responsabilidad. El deudor responde mientras la obligación subsista

---

incumplimiento se debe restringir a los casos de incumplimiento culpable (*La resolución del contrato por incumplimiento*, Bogotá-Caracas, 1979, pp. 145 y 148).

<sup>81</sup> JORDANO, F., *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, nota núm. 114, p. 315.

<sup>82</sup> “Si acaso se puede distinguir entre incumplimiento culpable (todo incumplimiento) y no culpable (extinción), es en forma de trasponer una terminología diversa a la distinción incumplimiento-extinción de

insatisfecha y únicamente podrá exonerarse con la prueba del hecho liberatorio que, según él, es la **imposibilidad sobrevenida no imputable**. Por tanto, el límite de la responsabilidad no es la falta de culpa, sino la imposibilidad sobrevenida no imputable. De ahí su afirmación de que todo lo que no sea liberación (imposibilidad sobrevenida no imputable) es incumplimiento<sup>83</sup>. Sobre esta base la imposibilidad sobrevenida recibe un tratamiento distinto según sea o no imputable al deudor.

[076] La **imposibilidad sobrevenida imputable** no es más que una forma de «**incumplimiento**», y como tal, forma parte del supuesto de hecho del artículo 1124 CC<sup>84</sup>. En estos casos, el acreedor puede optar entre exigir la prestación no ejecutada (en equivalente pecuniario, pues no es posible *in natura*), o pedir la resolución del contrato, y en ambos casos solicitar la indemnización de daños y perjuicios<sup>85</sup>.

[077] En caso de **imposibilidad sobrevenida no imputable**, “no puede decirse que exista *incumplimiento*”, porque “el incumplimiento presupone una obligación no exactamente cumplida y *subsistente*, mientras que en este caso, la obligación no exactamente cumplida,

---

la obligación, pero no se puede distinguir en el interior de la categoría misma del incumplimiento” (*La responsabilidad contractual*, p. 310-311).

<sup>83</sup> JORDANO, *La responsabilidad contractual*, pp. 106-107. En palabras de Osti: La responsabilidad tiene como fundamento no la culpa, sino el puro y simple dato del incumplimiento, y como límite, no la ausencia de culpa, sino la imposibilidad objetiva no culposa de la obligación (OSTI, G., “Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, 1954, p. 604).

Contra esta construcción PANTALEÓN F., ha puesto de manifiesto que la equiparación que hace JORDANO entre irresponsabilidad del deudor e imposibilidad es errónea, y lleva a la solución de que en caso de que el cumplimiento sea posible, tiene que responder (“El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)”, *A.D.C.*, XLIV, fascículo III, julio-septiembre 1991, pp. 1071 a 1091, p. 1044).

<sup>84</sup> JORDANO “STS de 23 de octubre de 1990. Caso fortuito o incumplimiento de una obligación recíproca en un contrato sinalagmático. Indemnización en caso de resolución contractual”, *C.C.J.C.* núm. 24, pp. 1097 a 1114, p. 1109.

<sup>85</sup> JORDANO, “STS de 23 de octubre de 1990”, *C.C.J.C.*, núm. 24, pp. 1102 a 1103.

siendo la imposibilidad sobrevenida definitiva *se extingue (...)*<sup>86</sup> en virtud de los artículos 1105, 1182 y 1184 CC. Con la extinción de la obligación el deudor queda exonerado de responsabilidad contractual pese a su falta de cumplimiento y queda en pie el problema del riesgo de la contraprestación. Hay que determinar si el deudor, a pesar de quedar liberado de la prestación afectada por la imposibilidad liberatoria, puede exigir de la otra parte su contraprestación o bien retener la que se satisfizo anticipadamente<sup>87</sup>.

Según Jordano Fraga, la cuestión que acabamos de plantear constituye un problema que se resuelve con la «resolución del contrato» que, por el hecho de no estar contemplado en nuestro Código civil con suficiente claridad, se tiende, a su juicio «erróneamente», a subsumir en el artículo 1124 CC<sup>88</sup>. Jordano Fraga defiende que en estos casos de imposibilidad sobrevenida no imputable tiene lugar una **resolución automática, ipso iure**, del contrato sinalagmático en cuestión (arg. ex arts. 1274 y 1460 CC)<sup>89</sup>. A lo que añade que es precisamente el carácter automático, en el sentido de no facultativo, de la resolución por imposibilidad sobrevenida liberatoria, el que pone de manifiesto que dicha resolución tiene un fundamento distinto al que se encuentra en la resolución por incumplimiento del artículo 1124 CC. Mientras que en la resolución *ipso iure* falta posteriormente un elemento esencial del contrato (la causa), lo cual afecta al **sinalagma genético**, en la resolución del artículo 1124 CC el incumplimiento afecta al **sinalagma funcional**. Esta diferencia en su construcción, se perfila en una diferencia de mecánica: en la primera, la resolución tiene lugar de derecho una vez extinguida una de

<sup>86</sup> JORDANO, “STS de 23 de octubre de 1990”, C.C.J.C., núm. 24, p. 1109.

<sup>87</sup> JORDANO F., *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código civil*, Madrid, 1992, p. 88.

<sup>88</sup> JORDANO, “STS de 23 de octubre de 1990”, C.C.J.C. núm. 24, p. 1109.

<sup>89</sup> JORDANO, *La responsabilidad contractual*, p. 315.

las obligaciones, el acreedor no puede elegir entre el cumplimiento o la resolución, mientras que en la segunda, permite al acreedor resolver<sup>90</sup>.

### b. La tesis de Castilla Barea

[078] En un estudio reciente, Castilla Barea insiste en demostrar que la **imposibilidad sobrevenida** (tanto la imputable como la no imputable<sup>91</sup>) constituye una **situación jurídica autónoma** y no un subtipo del incumplimiento. Esta autora, a diferencia de lo que sucedía con los defensores de la doctrina de los riesgos, no parte de un concepto de incumplimiento basado en la culpa o imputabilidad subjetiva del mismo al deudor. Para ella, el incumplimiento es: “toda contravención del tenor de la obligación, cualesquiera sean la causa que la motive y la índole de la misma, siempre que esa trasgresión del programa obligacional no haya

<sup>90</sup> JORDANO, *La responsabilidad contractual*, nota núm.114, pp. 315-316. Y en “STS de 13 de marzo de 1987. Imposibilidad temporal liberatoria de la obligación en un contrato sinalagmático. Plazo de cumplimiento de la obligación recíproca parcialmente no cumplida. Cláusula *rebus sic stantibus*. Enriquecimiento sin causa”, C.C.J.C., núm. 13, pp. 4423 a 4436, p. 4434 donde afirma que la resolución por imposibilidad sobrevenida opera “la ineficacia automática (*ipso iure*) del contrato sinalagmático”, pues extinguida una de las obligaciones recíprocas viene a faltar sobrevenidamente la causa de la correspectiva (arts. 1274 y 1275 CC), en donde, a diferencia del artículo 1124 CC, no hay opción ni tampoco resarcimiento. “Aquí no se afecta al funcionamiento normal del contrato, sino a la propia validez del mismo...” y acaba afirmando que “Si bien se mira, la justificación última de esta resolución automática se halla en el principio que veda el enriquecimiento injusto (a este respecto es ilustrativa la remisión del art. 1463 CC italiano).”

En 1992 vuelve a repetir la misma idea cuando defiende que la exigencia de imputabilidad del incumplimiento para todo el ámbito del artículo 1124 CC, explica que en el marco del artículo 1124 CC la resolución siempre sea facultativa “sólo para cuando la parte cumplidora lo prefiera”. (*La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, p. 89).

En 1994 intenta dar solución a los casos de imposibilidad temporal no imputable que parecen no tener una solución clara en su planteamiento. Según afirma este autor, en este supuesto, el acreedor goza de la facultad resolutoria, si bien advierte que no es una resolución fundada en el incumplimiento del deudor, a que se refiere el artículo 1124 CC, en este supuesto de imposibilidad temporal no imputable, la justa causa de la resolución no es ni el incumplimiento (que presupone una obligación subsistente), ni la extinción de una de las dos obligaciones sinalagmáticas (porque la imposibilidad es sólo temporal), sino que estima que “la resolución a la que me refiero sólo puede ser encajada, no sólo por exclusión” (descartadas la resolución por incumplimiento –de una obligación subsistente– y la resolución por imposibilidad liberatoria definitiva)... sino con arreglo a la buena fe y a la llamada influencia continuada de la causa (*La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, 1994, pp. 509 -512, nota núm. 726)

<sup>91</sup> Aquí marca una diferencia con Jordano Fraga que sólo reconoce la autonomía de la imposibilidad sobrevenida no imputable (*vid. supra* [075])

sido aceptada por el acreedor. En otras palabras, será incumplimiento toda desviación del programa prestacional pactado por las partes”<sup>92</sup>.

[079] A pesar de que en principio la imposibilidad sobrevenida podría encajar en la noción de incumplimiento que maneja, Castilla Barea defiende que incumplimiento e imposibilidad sobrevenida, tienen distinta **naturaleza jurídica**<sup>93</sup>, lo cual justifica que existan diferencias entre ambas figuras<sup>94</sup>.

[080] Así, sostiene que el **incumplimiento** es siempre un **hecho generador de responsabilidad patrimonial** y tiene como efecto la **perpetuación de la obligación** (el deudor sigue obligado a cumplir), mientras que en caso de imposibilidad sobrevenida, para establecer sus consecuencias es necesario determinar si ésta es o no imputable al deudor.

[081] La **imposibilidad sobrevenida imputable** es un **hecho generador de responsabilidad patrimonial** semejante al incumplimiento en cuanto supone la perpetuación de la obligación, pero «especial» o «cualificado»

<sup>92</sup> CASTILLA BAREA, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, pp. 213 a 214.

<sup>93</sup> CASTILLA BAREA, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, p. 222.

<sup>94</sup> Las diferencias más relevantes son: 1) mientras que el incumplimiento puede producirse en cualquier tipo de obligación, la imposibilidad sobrevenida necesita para manifestarse que transcurra un lapso de tiempo entre la constitución y el momento fijado para el cumplimiento de la obligación. Además, el incumplimiento puede serlo de obligaciones accesorias, sin embargo, la imposibilidad sobrevenida ha de recaer necesariamente sobre la prestación principal; 2) los elementos del supuesto de hecho de ambas instituciones coinciden excepto la “pérdida o irrealizabilidad de la prestación” que conforma los casos de imposibilidad sobrevenida pero no los de incumplimiento; 3) la eficacia de un cambio de voluntad del deudor dirigida a cumplir es diferente si estamos ante un caso de incumplimiento o de imposibilidad sobrevenida (en este último caso la voluntad no es suficiente para cambiar las cosas); 4) incumplimiento e imposibilidad difieren en el momento en que se estiman producidos y nacen para el acreedor los derechos específicos derivados de tales situaciones (para hablar de incumplimiento es necesario que la obligación haya vencido y que sea exigible; la imposibilidad puede producirse antes, durante o después del vencimiento de la obligación); 5) incumplimiento e imposibilidad difieren en el elenco de acciones que pueden ser ejercitadas por el acreedor, especialmente respecto de la acción de cumplimiento (pues en caso de imposibilidad desaparece el cumplimiento *in natura*); 6) incumplimiento e imposibilidad sobrevenida difieren en las consecuencias que acarrea la imputabilidad de la situación al deudor (el incumplimiento, sea imputable o no, acarrea la perpetuación de la obligación; en caso de imposibilidad la perpetuación de la obligación sólo tendrá lugar si la imposibilidad es imputable al deudor). (CASTILLA BAREA, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, pp. 218 a 221).

por el hecho de que la obligación “**no podrá ser cumplida jamás** en los términos en que inicialmente se pactó”<sup>95</sup> (desaparece el cumplimiento *in natura*, pero, según esta autora, el deber de cumplimiento del deudor recae sobre el cumplimiento en equivalente pecuniario<sup>96</sup>). Las semejanzas entre la imposibilidad imputable y el incumplimiento permitirían —según Castilla Barea— acudir a las normas que regulan este último para resolver las cuestiones que suscita la imposibilidad sobrevenida imputable y para las que el ordenamiento no ha previsto una solución específica<sup>97</sup>.

[082] Por su parte, la **imposibilidad sobrevenida no imputable** no es un hecho generador de responsabilidad patrimonial sino un **modo de extinción de las obligaciones**<sup>98</sup> que tiene consecuencias jurídicas propias que justifican que no se recurra al régimen previsto para el incumplimiento<sup>99</sup>. El efecto típico de la imposibilidad sobrevenida no imputable es la extinción de la obligación afectada por la imposibilidad; a dicho efecto le acompaña la liberación de responsabilidad del deudor<sup>100</sup>, y si se dan los requisitos para ello, junto al efecto extintivo-liberatorio puede surgir la obligación de entregar el *commodum representationis* (art. 1186 CC)<sup>101</sup>.

[083] Cuando la imposibilidad sobrevenida no imputable tiene lugar en el marco de una relación obligatoria bilateral se plantea el problema de la

<sup>95</sup> CASTILLA BAREA, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, p. 222.

<sup>96</sup> CASTILLA BAREA, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, p. 264, y ello como consecuencia de la perpetuación de la obligación que consiste en una ficción de subsistencia del objeto debido que arrastra con ella la pervivencia de la total relación obligatoria (p. 267).

<sup>97</sup> CASTILLA BAREA, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, p. 222.

<sup>98</sup> De hecho HAZA reconoce que tiene dificultades para incluir “La pérdida de la cosa sin culpa del deudor” en el concepto de incumplimiento, puesto que de la normativa codificada (arts. 1156 y 1182 CC y ss.) se deduce que dichas circunstancias son consideradas como un supuesto de extinción de las obligaciones diferente al pago o cumplimiento (HAZA, *El incumplimiento resolutorio*, p. 137).

<sup>99</sup> CASTILLA BAREA, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, p. 222.

<sup>100</sup> CASTILLA BAREA, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, p. 354.



**atribución del riesgo contractual**<sup>102</sup>, que si no ha sido previsto expresamente por el legislador (por ej. en materia de compraventa, el art. 1452 CC; en el contrato de arrendamiento, los art. 1558 CC, art. 28 LAU, art. 82 LAR; y en el contrato de obra, los arts. 1589, 1590 y 1595 CC)<sup>103</sup> se solventa acudiendo al remedio general previsto en el artículo 1124 CC que es en sí mismo una norma de atribución de los riesgos, en este caso, al deudor de la prestación devenida imposible<sup>104</sup>.

A diferencia de los autores que hemos mencionado hasta el momento, Castilla Barea defiende que el artículo 1124 CC resulta aplicable no por analogía, sino porque el tenor de dicho precepto permite acoger la resolución “por imposibilidad sobrevenida no imputable”<sup>105</sup>. Dicho en otras palabras, en el supuesto de hecho de la resolución se admiten dos casos: la **resolución por incumplimiento** y la **resolución por imposibilidad sobrevenida**. Y aunque defiende que la resolución no opera en ninguno de los dos casos de forma automática sino que es necesario solicitarla, sostiene que en caso de resolución por imposibilidad sobrevenida no imputable es necesario que se revise la legitimación para demandar dicha resolución. Según esta autora, en estos casos la resolución podría tener lugar a iniciativa del deudor cuya prestación se ha hecho imposible<sup>106</sup>.

<sup>101</sup> CASTILLA BAREA, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, pp. 315 a 344. Sobre la aplicación del artículo 1186 CC y la determinación de los derechos que confiere dicho precepto.

<sup>102</sup> CASTILLA BAREA, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, p. 350.

<sup>103</sup> CASTILLA BAREA atribuye la carencia en nuestro Ordenamiento de una o varias normas generales que instauren unos principios claros aplicables a grupos homogéneos de casos a una deficiencia heredada de épocas pretéritas (*La imposibilidad de cumplir los contratos*, p. 356).

<sup>104</sup> CASTILLA BAREA, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, p. 374 y lo desarrolla en pp. 462 a 492.

<sup>105</sup> CASTILLA BAREA, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, pp. 467-468. En este punto insiste en afirmar que la defensa de la existencia de una acción de resolución por imposibilidad sobrevenida forma parte de la teoría de los riesgos y no es algo contrapuesto a ella, aporta una concreta solución al problema de atribución de los mismos (p. 371).

<sup>106</sup> A favor de esta solución cita las SSTs de 7 de febrero de 1994 y de 23 de febrero de 1994; CASTILLA BAREA, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, pp. 483-484.

[084] **Conclusión.**- En definitiva, podemos concluir que una parte importante de nuestra doctrina ha defendido que los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor no constituyen incumplimiento y que carecen de una regulación expresa en nuestro Código. Sostienen que en los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable en el marco de una relación obligatoria sinalagmática opera la extinción automática de la relación obligatoria. A favor de esta solución se ha invocado los principios que inspiran los artículos 1124 CC, y 1274 CC o bien, se ha defendido que el artículo 1124 CC contempla dos causas de resolución diferentes: la resolución por incumplimiento y la resolución por imposibilidad sobrevenida. Pero, ¿es necesario acudir a una construcción doctrinal para obtener una solución razonable a los supuestos de imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor? ¿Tiene sentido seguir separando «incumplimiento» por un lado e «imposibilidad sobrevenida no imputable» por otro?

### **III. LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA NO IMPUTABLE COMO INCUMPLIMIENTO DEL ARTÍCULO 1124 CC: UN CASO DE RESOLUCIÓN AUTOMÁTICA**

[085] Junto a los autores que propugnan en nuestro Derecho una separación total entre la resolución por incumplimiento y la doctrina de los riesgos, existe un importante sector doctrinal —que cada vez va ganando más terreno— que sostiene la posibilidad de la aplicación del artículo 1124 CC en los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor. Para ello defienden una **interpretación objetivadora del «incumplimiento»** aunque **limitándolo al remedio resolutorio** previsto

en el artículo 1124 CC. Ello permite resolver los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable sin necesidad de acudir a construcciones científicas que carecen de reconocimiento legal expreso, y obtener unos resultados satisfactorios y razonables, que además se aproximan mucho a lo que puede denominarse el nuevo Derecho de la contratación. A pesar de todo, estos autores admiten que la imposibilidad sobrevenida no imputable constituye un supuesto particular que por sus características requiere una solución especial: la **resolución automática** de la relación que opera en el mismo momento en el que tiene lugar la imposibilidad sobrevenida.

Este sector doctrinal cuenta, además, con una importante baza a su favor: en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo se ha manifestado partidario de la aplicación de dicho precepto en supuestos de imposibilidad sobrevenida no imputable.

#### **A. LA TESIS DE PINTÓ RUIZ**

[086] El texto del artículo 1124 CC se adecúa sin problemas al supuesto de incumplimiento imputable al deudor y se explican perfectamente las previsiones en él contenidas, en concreto la referencia a la opción de la que dispone el acreedor entre la resolución y el cumplimiento; la mención de la indemnización de daños y perjuicios; así como la posibilidad de que el juez conceda un plazo de gracia al deudor<sup>107</sup>. Sin embargo, este precepto también permite una lectura al margen de la imputabilidad subjetiva del incumplimiento al deudor.

---

<sup>107</sup> Así lo pone de relieve ÁLVAREZ VIGARAY, apoyando su tesis en el artículo 1124 segundo párrafo (*La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, p. 154); y lo reconocen expresamente GONZÁLEZ GONZÁLEZ, (*La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, p. 44) y más recientemente, CLEMENTE MEORO, (*La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, núm. 221).

El primer intento importante en este sentido le corresponde a Pintó Ruiz<sup>108</sup>, cuyas observaciones han servido de punto de partida a la doctrina que defiende la aplicación de la resolución por incumplimiento en los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable. Este autor, se apoya en dos tipos de argumentos para defender la resolución al amparo del artículo 1124 CC en los casos de imposibilidad sobrevenida fortuita: el primero de ellos se basa en el **tenor literal** del precepto y el segundo, en el **fundamento** del propio remedio.

### 1. El tenor literal del artículo 1124 CC

[087] El argumento basado en la literalidad del artículo 1124 CC para admitir una resolución en caso de imposibilidad sobrevenida no imputable se subdivide en dos apartados referidos cada uno de ellos a distintos párrafos del precepto.

#### *a. El primer párrafo del artículo 1124 CC y el principio ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*

[088] En palabras del propio Pintó: el artículo 1124 CC se limita a decir “no cumpliere”, “es decir, dejare de cumplir, con lo que en este supuesto encaja tanto el dejar de cumplir por incumplimiento (o sea con culpabilidad) como por no existir la obligación (o sea sin culpabilidad)”<sup>109</sup>. Lo cual significa que cuando el legislador dice en este artículo “no cumpliere”, lo emplea queriendo decir “no ejecutare” y, de acuerdo con el

<sup>108</sup> PINTÓ RUIZ, J.J., “En torno a la llamada condición resolutoria tácita (art. 1124 CC)”, (2ª parte), *R.J.C.*, septiembre-octubre, 1953, pp. 424 a 446, pp. 448 a 450.

<sup>109</sup> Nótese como este autor sigue la concepción tradicional según la cuál para que exista incumplimiento es necesario que la falta de cumplimiento sea debida a culpa del deudor. Sin embargo, sostiene que el artículo 1124 CC no tiene como supuesto de hecho el incumplimiento, sino la propia falta de cumplimiento con independencia de que sea o no imputable al deudor.

principio expresado, no podemos distinguir cuando la ley no ha distinguido<sup>110</sup>.

A esta lectura del artículo 1124 CC se ha sumado gran parte de la doctrina actual<sup>111</sup>.

### **b. El segundo párrafo del artículo 1124 CC**

[089] Por si la interpretación del primer párrafo del artículo 1124 CC que se acaba de apuntar no fuera suficiente para admitir la aplicación del artículo 1124 CC en los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable, Pintó Ruiz acude al segundo párrafo de dicho precepto para aportar más argumentos a su favor.

El segundo párrafo del artículo 1124 CC permite solicitar la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento, si éste ha devenido imposible. Este hecho lleva a Pintó a defender que si el legislador estima procedente la resolución aun en el caso de haber optado antes por el cumplimiento, carece de sentido negar tal posibilidad cuando no existe el obstáculo previo de la opción<sup>112</sup>. Años más tarde, este mismo

<sup>110</sup> PINTÓ RUIZ, "En torno a la llamada condición resolutoria tácita (art. 1124 CC)", (2ª parte), *R.J.C.*, septiembre-octubre, 1953, pp. 424 a 446, pp. 448 a 450.

<sup>111</sup> PUIG BRUTAU, F., *Fundamentos de Derecho civil*, I, vol. II, *Derecho general de las obligaciones*, 4ª ed., Barcelona, 1988, p. 124; DELGADO en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. I, núm. 126; ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil español*, II, *Derecho de obligaciones*, 3ª ed., Barcelona, 1984, p. 58; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, (*La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, p. 45) aunque reconoce que el 1124.1 podría hacer referencia a la culpabilidad del deudor, lo cierto es que no lo exige específicamente (y ello le permite defender que es aplicable en los supuestos de imposibilidad sobrevenida no imputable). Y recientemente, también CASTILLA BAREA, recurre al primer párrafo del art. 1124 CC para defender la existencia de una resolución al amparo de dicho precepto en los casos de imposibilidad sobrevenida (sin olvidar que para esta autora la imposibilidad sobrevenida es una situación jurídica autónoma que no constituye un supuesto de incumplimiento. Sostiene que el art. 1124.1 CC se formula con gran amplitud aludiendo a un "incumplimiento libre de calificativos" y es precisamente esta amplitud en la formulación la que le permite interpretar que lo único que exige el art. 1124 CC para que un contratante pueda resolver es que alegue y pruebe que la otra parte ha incumplido, pero no exige que este incumplimiento sea imputable, ni que la prestación sea aún posible, con lo que cabe resolver por imposibilidad sobrevenida (*La imposibilidad de cumplir los contratos*, pp. 467 a 477).

<sup>112</sup> PINTÓ RUIZ, "En torno a la llamada condición resolutoria tácita (art. 1124 CC)", *R.J.C.*, 1953, pp. 424- 446, pp. 448 a 450. Y con él, PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, I, vol. II, *Derecho general de las obligaciones*, 4ª ed., 1988, p. 124.

autor, da un significado preciso al artículo 1124 CC cuando declara que “también podrá pedir la resolución después de haber optado por el cumplimiento, *cuando éste resultare imposible*”. A propósito del mismo dice: “Aquí está claro, clarísimo, que en caso de *imposibilidad sobrevenida* (de cumplimiento de la prestación), se puede obtener la *resolución*; es claro que el artículo 1124 prevé la resolubilidad por *imposibilidad sobrevenida*”<sup>113</sup>.

[090] Ahondando en esta interpretación literal del precepto, Díez-Picazo afirma que el inciso final del artículo 1124.2 puede ser leído de la siguiente manera: “se puede pedir la resolución cuando el cumplimiento resultare imposible, incluso en los casos en los que inicialmente se optare por la pretensión de cumplimiento”<sup>114</sup>, y aunque reconoce que la interpretación literal no es decisiva, sostiene que habrá que admitir cuando menos que en dicho precepto se contempla una resolución por imposibilidad sobrevenida<sup>115</sup>.

[091] Es cierto que con esta interpretación se ha querido dar un argumento más a favor del reconocimiento de la aplicación del artículo 1124 CC en

<sup>113</sup> PINTÓ RUIZ, J.J., “Resolución del contrato y la regla «Periculum est Emptoris»”, *R.J.C.*, 1975, p. 737.

<sup>114</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 720. GONZÁLEZ GONZÁLEZ comparte esta opinión (*La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, p. 45 e insiste en las pp. 148 y 158).

En 1953 PINTÓ RUIZ, J.J., defendió una lectura del 1124.2 suprimiendo “aún después de haber optado por el cumplimiento”, de tal forma que su lectura queda: “también podrá pedir la resolución, cuando el cumplimiento resultare imposible” (“En torno a la llamada condición resolutoria tácita (art. 1124 CC)”, (2ª parte), *R.J.C.*, septiembre-octubre, 1953, pp. 424 a 446, p. 444).

<sup>115</sup> A favor de esta idea, también se ha mostrado DELGADO, J., quién considera que “la referencia a la imposibilidad en su párrafo segundo puede aludir mejor a la fortuita que a la culpable” (en LACRUZ, J.L., *Elementos de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. I, *Teoría general del contrato*, núm. 126). También HAZA, P. de la, (*El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1996, p. 148 reconoce que el art. 1124 segundo párrafo puede ser interpretado de muchas formas pero que no está excluido que la imposibilidad del cumplimiento pueda derivar de que la prestación sea imposible por pérdida o deterioro de la cosa o por cualquier otra causa que haga imposible la realización de la prestación, sin “culpa del deudor”. Recientemente CASTILLA BAREA, (*La imposibilidad de cumplir los contratos*, p. 477 a 480) se ha detenido en el estudio de este segundo párrafo del art. 1124 CC

los casos de imposibilidad sobrevenida, sin embargo, esta interpretación no está exenta de crítica.

Como apunta Castilla Barea, a pesar de que el segundo párrafo del artículo 1124 CC admite una interpretación en este sentido, realmente contempla una situación distinta. El segundo párrafo del artículo 1124.2 CC no se refiere al caso en el que el acreedor, conociendo la imposibilidad de la prestación, insta la resolución (eso está previsto en el 1124.1 CC “no cumpliera”), sino que contempla el caso en el que el acreedor, ante el incumplimiento del deudor, opta por exigir el cumplimiento, y es entonces cuando la prestación se hace imposible, o bien, es cuando el acreedor conoce que la prestación era (con anterioridad) de imposible cumplimiento<sup>116</sup>. Es en este caso cuando el segundo apartado del artículo 1124 CC permite al acreedor cambiar su opción inicial y resolver el contrato<sup>117</sup>. Con ello se establece una excepción a la regla de que, una vez elegido un remedio (el cumplimiento), no es posible optar por el otro (la resolución). Es lo que se conoce como *ius variandi* limitado.

## 2. El fundamento del artículo 1124 CC

[092] La tesis de Pintó Ruiz no se sustenta sólo en el argumento gramatical que utiliza en la interpretación del artículo 1124 CC. A éste se añade el hecho de que el resultado al que se llega con dicha interpretación

---

<sup>116</sup> CASTILLA BAREA, contempla tres supuestos posibles: (1) la prestación es aún posible en el momento en que se ejercita la acción de cumplimiento, pero deviene imposible antes de que ésta produzca consecuencias; (2) la prestación era imposible con anterioridad a la interposición de la demanda, pero el acreedor desconocía este hecho; (3) el acreedor duda de que efectivamente la prestación haya devenido imposible y acude a los tribunales demandando un cumplimiento que le interesa (*La imposibilidad de cumplir los contratos*, pp. 478 y 479).

<sup>117</sup> CASTILLA BAREA, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, pp. 477 y 478.

es racional y acorde con el sentido y función del precepto, con lo que el argumento se ve reforzado<sup>118</sup>.

Este autor conecta el fundamento de la resolución por incumplimiento con la idea de «causa». Las premisas fundamentales de las que parte son dos: la primera de ellas es que “la **causa debe subsistir durante toda la vida del contrato**, desde que éste se perfecciona hasta su posterior consumación. La desaparición de ésta debe producir, como consecuencia ineludible, la evaporación de la obligación”, y la segunda de ellas es que “en las obligaciones recíprocas la **causa de una obligación es precisamente la prestación recíproca**; si esta última no existe, no hay causa, y si no hay causa falta uno de los elementos esenciales exigidos por el artículo 1261 CC, y la relación contractual se esfuma”<sup>119</sup>. Los anteriores razonamientos le llevan a afirmar, a modo de conclusión: “Sentado, pues, que en las recíprocas, la causa para cada uno de los contratantes es la prestación y no la obligación de prestar, es obvio que en el momento de sobrevenir un incumplimiento *no hay prestación y no hay causa*”<sup>120</sup>.

Y es precisamente el juego de la causa el que impone prescindir de la idea de culpabilidad, con lo que no procede ni se debe tener en cuenta para nada el elemento de la culpabilidad o “inculpabilidad”<sup>121</sup>. En este

<sup>118</sup> PINTÓ RUIZ, J.J., “Resolución del contrato y la regla *«Periculum est Emptoris»*”, *R.J.C.*, 1975, p. 737.

<sup>119</sup> PINTÓ RUIZ, J.J., “En torno a la llamada condición resolutoria tácita (art. 1124 CC)”, *R.J.C.*, julio-agosto, 1953, pp. 291 a 303, p. 294.

Con anterioridad Pérez González y Alguer también justifican la solución del § 323 alemán en nuestro ordenamiento recurriendo al concepto de causa: “En efecto, el carácter de recíprocas atribuido a dos obligaciones distintas no significa sino el mutuo condicionamiento de una por otra, de tal suerte que cada una de ellas no tiene razón jurídica de existir sin la otra, como lo corrobora también el concepto legal de la causa en los contratos onerosos (art. 1274...)” (*Anotaciones a la obra de Ennecerus-Lehmann, Derecho de Obligaciones*, vol. I, *Doctrina general*, 1933, p. 243)

<sup>120</sup> PINTÓ RUIZ, “En torno a la llamada condición resolutoria tácita (art. 1124 CC.)”, *R.J.C.*, 1953, p. 302.

<sup>121</sup> PINTÓ RUIZ, J.J., “En torno a la llamada condición resolutoria tácita (art. 1124 CC.)”, *R.J.C.*, septiembre-octubre, 1953, pp. 440 y 441. Y vuelve sobre los mismos argumentos, aunque reconociendo que el principal y fundamental es el relativo al fundamento de la resolución del art. 1124 en “Resolución del contrato y la regla *«Periculum est Emptoris»*”, *R.J.C.*, núm. 74, II, pp. 693 a 749, p. 737.



sentido afirma que al perjudicado por el incumplimiento “poco ha de importarle que si el binomio *do ut des*, se queda sin el «des», esta ausencia sea debida a la voluntad de la otra parte, o a caso fortuito. Lo que le afecta y lo que perjudica a su interés, es la *carencia de la contraprestación*, no las *causas* de esa carencia”<sup>122</sup>. No siendo requisito del artículo 1124 CC la culpabilidad, dicho precepto puede invocarse en todos aquellos supuestos de abstención de cumplimiento por imposibilidad sobrevenida<sup>123</sup>, aunque no se trate de supuestos de verdadero «incumplimiento», pues falta la culpabilidad<sup>124</sup>.

### 3. Especialidades de la resolución por imposibilidad sobrevenida no imputable

[093] Una vez admitida la aplicación del artículo 1124 CC a los supuestos de imposibilidad sobrevenida no imputable, Pintó Ruiz aclara que la falta de cumplimiento que tiene su causa en una imposibilidad sobrevenida no imputable goza de ciertas especialidades. Mientras que en los casos en los que interviene culpa del deudor, el acreedor puede optar entre exigir el cumplimiento (en forma específica o el *id quod interest*)<sup>125</sup> o la resolución<sup>126</sup> (si necesariamente se produjera la

<sup>122</sup> PINTÓ PUIZ, J.J. “Resolución del contrato y la regla «*Periculum est Emptoris*»”, *R.J.C.*, p. 735.

<sup>123</sup> PINTÓ RUIZ, “Resolución del contrato y la regla «*Periculum est Emptoris*»”, p. 743.

<sup>124</sup> No hay que olvidar que para este autor, el *incumplimiento* tiene como elemento fundamental la “existencia de culpabilidad del deudor”, sin embargo reconoce que la imposibilidad sobrevenida no imputable también tiene trascendencia para el Derecho, produciendo efectos específicos (“Incumplimiento de las obligaciones civiles”, en *N.E.J. Seix*, vol. XII, Barcelona, 1951, pp. 184 y ss.).

<sup>125</sup> A pesar de lo que sostiene este autor, el *id quod interest* no ha de entenderse referido únicamente al equivalente pecuniario de la prestación fallida, sino que, como apunta DELGADO, se trata de la indemnización de daños que corresponde al acreedor. El equivalente pecuniario de la prestación fallida no se separa con nitidez de la indemnización de daños, hasta el punto de que aparece como una primera partida en la evaluación de los mismos. El daño resarcible (que denominamos *id quod interest*) “resulta de comparar desde el punto de vista del acreedor, un dato real —lo que es ahora su patrimonio— con otro hipotético— lo que debería jurídicamente, ser—. En tal diferencia puede entenderse incluido el valor de la prestación incumplida, pero en modo alguno se agota con él”, (en LACRUZ, *Elementos de derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. I. *Teoría general del contrato*, núm. 100). Posteriormente, (núm. 119) se pone de relieve que nuestro CC, en los casos de imposibilidad imputable al deudor, no declara que el

resolución, cualquier parte tendría en su única y unilateral mano extinguir el contrato)<sup>127</sup>; en los casos en los que el incumplimiento tiene su causa en la imposibilidad sobrevenida no imputable, según Pintó, “el art. 1124 actúa como una propia y verdadera condición resolutoria”<sup>128</sup>. En estos casos, según este autor, carece de sentido la opción entre cumplimiento y resolución por dos razones:

- (1) La imposibilidad no ha sido generada por la voluntad del deudor y tampoco depende de ella; por tanto, no puede sostenerse que el deudor tenga en su mano la resolución del contrato;
- (2) No existe el otro término de la opción, ya que la obligación se ha extinguido por imposibilidad sobrevenida no imputable y no es exigible ni como forma específica ni el *id quod interest*<sup>129</sup> (Pintó Ruiz no se plantea la posibilidad de que exista un

---

deudor sigue obligado al pago del precio o valor de la prestación imposible (*æstimatio rei*) sino que establece la obligación de éste de pagar los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento, aunque en su determinación se reconoce el papel importante que juega la idea de *æstimatio rei*.

Por su parte, PANTALEÓN, defiende que “no encontramos base normativa alguna que exija desmembrar la responsabilidad contractual por imposibilidad sobrevenida de la prestación en dos obligaciones autónomas, con diferente supuesto de hecho, función y régimen jurídico”, distinguiendo, por un lado la pretensión para exigir la *æstimatio rei*, como subrogado de la prestación originaria devenida imposible (entendida como una pretensión de cumplimiento por equivalente) y por otro lado, la pretensión para exigir la indemnización de los demás daños y perjuicios objetivamente imputables al incumplimiento (*id quod interest*) (“El sistema de responsabilidad contractual”, p. 1053). Para demostrar lo poco razonable de esta construcción articulada de la responsabilidad, pone de relieve que sería necesario sostener que por lo que respecta al plazo de prescripción, mientras que para la pretensión a la *æstimatio rei* el plazo sería el mismo que para la pretensión de cumplimiento y habría comenzado a correr el mismo día en que la prestación era legalmente exigible, en el caso del resto del *id quod interest*, el plazo comenzaría a correr el día en que se produjo el evento dañoso (p. 1055).

<sup>126</sup> PINTÓ RUIZ, “En torno a la llamada condición resolutoria tácita (art. 1124 CC)”, *R.J.C.*, 1975, p. 302-303: “Y no es que la ley diga que la existencia del contrato dependa de que el perjudicado quiera o no quiera que el repetido contrato exista. La ley quiere y dice, simplemente, que si no hay cumplimiento no hay contrato, por no haber causa para el perjudicado. Lo que deja al arbitrio del perjudicado, es el *dar cumplimiento a un contrato* cuando efectivamente lo está, o bien, si es este es su interés, permitir que *fuere el cumplimiento* mediante la autoridad judicial”.

<sup>127</sup> PINTÓ RUIZ, “Resolución del contrato y la regla «*Periculum est Emptoris*»”, *R.J.C.*, 1975, p. 738.

<sup>128</sup> PINTÓ RUIZ, “Resolución del contrato y la regla «*Periculum est Emptoris*»”, *R.J.C.*, 1975, p. 740. Además, afirma que en este caso no está tan mal utilizado el término “condición resolutoria” y que el precepto está bien colocado, puesto que esta imposibilidad es siempre un acontecimiento futuro, incierto e independiente de la voluntad de las partes (p. 738).

<sup>129</sup> PINTÓ RUIZ, “Resolución del contrato y la regla «*Periculum est Emptoris*»”, *R.J.C.*, 1975, p. 740..

*commodum repræsentationis* de la prestación devenida imposible, que justifique el mantenimiento de la relación obligatoria porque al acreedor le interese más deshacerse de su contraprestación a cambio del *commodum*)<sup>130</sup>

[094] A pesar de todo, hemos de reconocer que encontramos afirmaciones del propio Pintó Ruiz que pueden suscitar dudas sobre una posible evolución de su pensamiento en cuanto al carácter automático de la resolución. Así, en la voz «incumplimiento de las obligaciones civiles», cuando estudia los efectos de la imposibilidad sobrevenida no imputable en la relación obligatoria sinalagmática, dice que ésta, “dará derecho al acreedor a resolver el contrato” y que “si el acreedor *no optara por la resolución*, no podrá pedir el *id quod interest* o sustitutivo del cumplimiento, por la sencilla razón de que la obligación se habría extinguido”<sup>131</sup>.

[095] En cualquier caso, es Pintó Ruiz el primer autor que ha profundizado en esta idea, aunque es justo reconocer que **Pérez González y Alguer**, al trasladar al Derecho español los criterios del Código civil alemán, y a falta de un artículo equivalente al § 323 BGB, daban como posible que esa función pudiera ser cubierta por el artículo 1124 CC<sup>132</sup>.

<sup>130</sup> Sobre esta posibilidad vid. infra [143-147].

<sup>131</sup> PINTÓ RUIZ, “Incumplimiento de las obligaciones civiles”, *N.E.J.*, XII, Barcelona, 1965, pp. 184 a 202, pp. 200 *in fine* y 201.

<sup>132</sup> Efectivamente PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, reconocen que en nuestro Derecho no tenemos un precepto correlativo al § 323 BGB, pero añaden: “Sin embargo, estimamos que su solución podría

## B. LA OPINIÓN INICIAL DE CLEMENTE MEORO

[096] Clemente Meoro también se mostró en un primer momento a favor de una resolución automática en los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable<sup>133</sup>. Según este autor, es necesario reconocer que el supuesto del artículo 1124 CC alcanza al caso fortuito y fuerza mayor. Pero, el hecho de que la resolución por incumplimiento prevista en el artículo 1124 CC no opere de pleno derecho, una vez verificado el evento condicionante, sino que sólo “faculte” al acreedor para pedir que se declare la resolución si no prefiere solicitar el cumplimiento<sup>134</sup>, le llevó a sostener que la regla de dicho artículo “no es la solución más ajustada al supuesto de imposibilidad sobrevenida fortuita de la prestación”<sup>135</sup>.

Clemente Meoro llegó a la conclusión de que en nuestro Derecho existía una laguna legal en cuanto a las consecuencias de la imposibilidad sobrevenida que se ha intentado colmar con la figura de la resolución, apoyándose en la dicción del artículo 1124 CC y en los principios en los que se inspira<sup>136</sup>. Sin embargo, no se muestra conforme con la solución

---

apoyarse en el art. 1124 y en los principios sobre el enriquecimiento sin causa” (*Anotaciones a Ennecerus-Lehmann, Derecho de Obligaciones*, 1ª ed., p. 243).

<sup>133</sup> CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, pp. 172 y ss.

<sup>134</sup> CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, p. 31 y en las pp. 41 a 42 afirma que la resolución constituye en nuestro Derecho una facultad que corresponde al acreedor y que no se produce de forma automática.

<sup>135</sup> CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, p. 172.

<sup>136</sup> HAZA, parece estar de acuerdo con la existencia en este punto de una laguna legal, respecto de las consecuencias que tiene en la relación obligatoria sinalagmática la pérdida o destrucción de la cosa cuando la prestación sea de dar, o la imposibilidad física o legal de realizarla cuando la prestación debida sea de hacer. Esta autora, aunque reconoce que el remedio genérico “no puede ser otro sino el extintivo de la relación”, respecto del instrumento de extinción, estima que “no existe razón para impedir que la acción resolutoria pueda ser utilizada como un mecanismo de defensa por el acreedor que cumple o está dispuesto a cumplir con el fin de verse libre de una relación que sabe que no le puede satisfacer (...)” (*El incumplimiento resolutorio*, pp. 73-75). Y FERNÁNDEZ URZAINQUI se suma a la opinión de CLEMENTE MEORO, declarando que en caso de contratos con obligaciones recíprocas, “la imposibilidad de dar cumplimiento a una de ellas, priva de causa a su correlativa, liberando al acreedor de su obligación y facultándole su la hubiese ya realizado para exigir su restitución. A favor de esta solución cita el § 323 BGB y el artículo 1463 del Código civil italiano (“El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales”, I, vol. I, pp. 51 a 85, pp. 78 a 79).

aportada. Así afirma: “Aunque la resolución se configure como una facultad del acreedor y se entienda producida una vez opte por la misma, esto es, sin que sea necesaria sentencia constitutiva, la exigencia de tal declaración de voluntad parece innecesaria en caso de imposibilidad sobrevenida fortuita, en que la liberación del otro contratante debe considerarse producida automáticamente”<sup>137</sup>. Ello le llevó a defender que, en los supuestos de imposibilidad sobrevenida no imputable, la **resolución “por definición ha de operar automática e inevitablemente”**<sup>138</sup>.

Actualmente ha cambiado de opinión respecto del carácter automático de la resolución (*vid. infra* IV).

### C. LA RESOLUCIÓN AUTOMÁTICA DEL CONTRATO EN LOS PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS

[097] La solución de la **extinción automática de la relación obligatoria** en los supuestos de imposibilidad sobrevenida no imputable ha sido recientemente acogida por los Principios de Derecho europeo de los contratos (en adelante *PECL*) elaborados por la Comisión de Derecho de los Contratos de la Unión Europea<sup>139</sup>. Según lo previsto en los *PECL*,

<sup>137</sup> CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, p. 174.

<sup>138</sup> CLEMENTE MEORO, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, p. 175. Sostenía que la solución del sistema anglosajón es más acertada. Efectivamente, tal y como recoge en las pp. 159 a 161, lo que nosotros conocemos como imposibilidad física o jurídica de la prestación, se engloba en lo que el *Common Law* denomina “*frustration*” aunque en la doctrina de la “*frustration*” se incluyen supuestos que van más allá de la imposibilidad física o jurídica y que en el *Civil Law* constituyen supuestos de la cláusula *rebus sic stantibus* y de la teoría de la base del negocio. Los supuestos de “*frustration*” determinan la resolución, pero con unos efectos particulares con respecto a la resolución por incumplimiento: aunque en ambos casos las partes quedan dispensadas del futuro cumplimiento de sus obligaciones y se extingue la relación obligatoria, en el caso de la “*frustration*”, la resolución se produce de forma automática, sin necesidad de que el acreedor opte por ella y supone que los tribunales pueden establecer su extinción aunque las partes pretendan su existencia. PANTALEÓN, F., (“Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *A.D.C.*, XLVI, fascículo IV, octubre-diciembre de 1993, pp. 1719 a 1745, p. 1731) dice que tal y como ha resaltado Treitel, el efecto de extinción automática que se reconoce en *Common Law* en los casos de “*frustration*”, podría conducir al paradójico resultado de que sea el contratante que no puede cumplir lo que le incumbe el que solicite que se declare el contrato extinguido mientras el otro quiera mantenerlo.

<sup>139</sup> Estos Principios responden a una necesidad de armonización del Derecho de los contratos en el marco de la UE que comenzó a hacerse patente a mediados de los años setenta, cuando se llegó a la conclusión

normalmente el remedio resolutorio en caso de incumplimiento se ejercita por el acreedor mediante una notificación dirigida al deudor. Pero, excepcionalmente, no se requiere dicha notificación: cuando el incumplimiento se deba a una imposibilidad total y permanente de la que el deudor no ha de responder. En justificación de esta solución se alega la existencia de varios sistemas legales que consideran que el contrato queda «destruido» automáticamente como consecuencia de la imposibilidad de cumplimiento<sup>140</sup>.

Aunque esta solución pueda no ser la más acertada, los *PECL* han realizado un importante avance al definir el incumplimiento al margen de su imputabilidad al deudor, tanto para determinar la aplicación del remedio resolutorio como la de todo el sistema de remedios<sup>141</sup>.

Las ideas que acabamos de esbozar se comprueban mejor exponiendo la regulación concreta de los principios, cosa que haremos a continuación.

---

de que el Mercado Único Europeo sólo podría funcionar correctamente si se establecía una regulación uniforme, aplicable por encima de las diferencias propias del Derecho interno de cada estado. Los trabajos de elaboración se llevaron a cabo en la década de los ochenta y principios de los noventa. Y tal y como se afirma en la Introducción a los mismos "Hence the principles are designed not merely to reduce the adverse effects of differences in national laws within the Single European Market but also to provide a foundation of contract law within the Community upon which more specific harmonisation measures can be constructed" (*Principles of European Contract Law. Part I and II*, preparado por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos y editado por LANDO y BEALE, introducción, p. XXII). Estos principios tienen un objetivo inmediato: estar disponibles para su uso por las partes que celebren un contrato, por los tribunales y los árbitros que deciden disputas contractuales y por los legisladores que proyectan reglas contractuales, tanto a nivel europeo como a nivel nacional; y un objetivo a largo plazo: ayudar en la armonización del derecho de los contratos en general en el marco de la UE (no cabe duda de que entre los objetivos propuestos con estos Principios de Derecho Europeo de los Contratos se encuentra el servir como base para un futuro Código Europeo de los Contratos. (*Principles of European Contract Law. Part I and II*, pp. XXIII y XXIV).

<sup>140</sup> *Principles of European Contract Law. Part I and II*, p. 415

<sup>141</sup> Aunque después cada uno de los remedios tiene unos presupuestos distintos de acuerdo con la función que están llamados a cumplir.

## 1. La imposibilidad sobrevenida no imputable como incumplimiento

[098] La noción de **incumplimiento** (*non-performance*) nos la proporciona el **artículo 1:301 (4) PECL**<sup>142</sup> que lo concibe como la falta de cumplimiento de una obligación derivada del contrato, sin distinguir entre las diferentes formas que éste puede adoptar (cumplimiento defectuoso, retraso en el cumplimiento y la falta total de cumplimiento) y, cualquiera que sea la causa de dicho incumplimiento<sup>143</sup>. Ello significa que existe incumplimiento con independencia de que la falta de cumplimiento sea o no excusable<sup>144</sup>. Por tanto, la imposibilidad sobrevenida no imputable entra dentro de la noción de incumplimiento. Veamos ahora si procede la resolución en estos casos.

El **artículo 9:301 PECL** regula el derecho a resolver el contrato (*Right to Terminate the Contract*) con independencia de que el incumplimiento sea excusable. Por tanto, es correcto afirmar que en los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable el remedio de la resolución del contrato (*Termination of the Contract*) está disponible<sup>145</sup>. En los Comentarios a dicho precepto se pone de relieve que esta solución contrasta con aquellos sistemas en los que se regula de forma separada la

---

<sup>142</sup> Empleamos la última versión oficial de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos *Principles of European Contract Law. Part I and II*, preparados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos y editado por Ole Lando y Hugh Beale, 2000, y mencionaremos en su caso los primeros comentarios aparecidos en *Principles of European Contract Law. Part I: Performance, Non-performance and Remedies*, preparados por la Comisión de Derecho Europeo de los Contratos y editado por Ole Lando y Hugh). Por tanto, insistimos la numeración de los artículos se corresponde con la versión completa y revisada de dichos Principios.

<sup>143</sup> Artículo 1:301 (4) *PECL*: “non-performance” denotes any failure to perform an obligation under the contract, whether or not excused, and includes delayed performance, defective performance and failure to co-operate in order to give full effect to the contract”.

<sup>144</sup> *Principles of European Contract Law*, 2000, p. 124. Como se resalta en los Comentarios, el término “non-performance” del contrato debe distinguirse del término del *Common law*, “breach of contract” que sólo abarca el incumplimiento no excusable (por ejemplo, conforme a las reglas de la *frustration*).

<sup>145</sup> Esta afirmación no es extensible sin más al resto de remedios previstos en los *PECL*. Si bien el artículo 8:101 *PECL* declara que en caso de incumplimiento el acreedor dispone de cualquiera de los remedios previstos en el Capítulo 9, el párrafo (2) de dicho precepto establece que cuando el deudor esté exonerado de las consecuencias de su incumplimiento conforme al artículo 8:108 *PECL*, el acreedor puede acudir a

resolución del contrato que tiene lugar cuando el cumplimiento resulta imposible por causa no imputable y la resolución por incumplimiento (imputable)<sup>146</sup>.

## 2. La forma de resolución del contrato en los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable

[099] Admitido que la imposibilidad sobrevenida no imputable constituye un incumplimiento, también a efectos de la resolución del contrato, nos queda por determinar cómo opera dicha resolución. El **artículo 9:303 PECL** regula la forma de practicarse la terminación del contrato por incumplimiento.

En los casos de imposibilidad sobrevenida, total, permanente y no imputable al deudor, la resolución del contrato se produce de forma automática, en el momento en que surge el impedimento y sin necesidad de declaración por parte del acreedor. Así lo establece el **artículo 9:303 (4) PECL**: “If a party is excused under Article 8:108<sup>147</sup> through an impediment which is total and permanent, **the contract is terminated automatically and without notice at the time the impediment arises**”.

Ello supone una excepción a la regla general prevista en el **apartado (1)** de dicho precepto, conforme a la cual, el derecho del

---

cualquiera de los remedios previstos en el Capítulo 9, excepto la pretensión de cumplimiento y la indemnización de daños y perjuicios por el incumplimiento.

<sup>146</sup> Como ejemplo se cita el Derecho francés que en el caso de imposibilidad sobrevenida no imputable, el contrato se resuelve conforme a la teoría de los riesgos y el BGB, que en su redacción anterior a la reforma de 2001 regula los efectos de la imposibilidad sobrevenida no imputable en el § 323 (*Principles of European Contract Law*, 2000, p. 411).

<sup>147</sup> Artículo 8:108 (1) *PECL*: “A party’s non-performance is excused if it proves that it is due to an impediment beyond his control and that it could not reasonably have been expected to take the impediment into account at the time of the conclusion of the contract, or to have avoided or overcome the impediment or its consequences.”



acreedor a resolver el contrato debe realizarse mediante declaración unilateral del acreedor dirigida al deudor<sup>148</sup>.

#### D. CONCLUSIÓN FINAL

[100] En este epígrafe hemos visto que Pintó Ruiz, y con él parte de la doctrina, ha dado un paso adelante frente a quienes sostienen la necesidad de que el incumplimiento sea “imputable” para que entre en juego la resolución prevista en el artículo 1124 CC. Dicho avance consiste en aplicar el remedio resolutorio previsto en el artículo 1124 CC a los supuestos de imposibilidad sobrevenida no imputable, defendiendo una interpretación objetivadora del incumplimiento, pero limitándolo al remedio resolutorio del artículo 1124 CC. En este punto los *PECL* han ido más lejos, admitiendo con carácter general un concepto de incumplimiento al margen de la imputabilidad del mismo. ¿Tiene sentido en nuestro ordenamiento objetivar el incumplimiento con carácter general?

A pesar de todo, se sigue defendiendo que la imposibilidad sobrevenida no imputable constituye un supuesto particular que por sus características requiere una resolución especial, automática, que opera en el mismo momento en el que tiene lugar la imposibilidad sobrevenida. Sin embargo, nos cuestionamos si de verdad tiene sentido esta especialidad.

---

<sup>148</sup> En las notas al artículo se apunta que esta solución de la terminación automática del contrato aparece reconocida expresamente en varios sistemas legales, (en concreto se cita el art. 1463 del CC italiano), (*Principles of European Contract Law*, 2000, p. 416 y en la p. 381 al comentar el art. 8:108).

#### **IV. LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA NO IMPUTABLE Y EL SISTEMA DE REMEDIOS: INEXISTENCIA DE UNA RESOLUCIÓN AUTOMÁTICA**

[101] Los criterios expuestos hasta ahora acerca de las consecuencias que tiene en la relación obligatoria sinalagmática la imposibilidad sobrevenida no imputable, creo que tienen en común que todos ellos giran en torno a la idea del **límite de la obligación del deudor**. Sin embargo, los nuevos principios del Derecho de obligaciones marcan un cambio en la perspectiva desde la que debe abordarse el problema del incumplimiento. El nuevo Derecho de obligaciones se sitúa, no tanto en los deberes del deudor, cuanto en la **satisfacción del interés del acreedor**. Bajo esta nueva perspectiva, a nuestro juicio, ha de abordarse también el problema que nos ocupa. Y eso es precisamente lo que vamos a tratar de hacer a lo largo de este epígrafe.

Nuestro Ordenamiento admite una lectura compatible con esta nueva perspectiva. Esta lectura implica una redefinición de la noción de incumplimiento y una integración de la resolución en el sistema de remedios frente al incumplimiento. Una vez establecidos ambos presupuestos, y centrándonos en el remedio resolutorio, demostraremos que en el supuesto de hecho del artículo 1124 CC, es decir, en el «incumplimiento», eso sí, concebido del modo que acabamos de indicar, cabe incluir la imposibilidad sobrevenida no imputable como una manifestación más de la insatisfacción del interés del acreedor<sup>149</sup>. De este modo, la resolución por incumplimiento deja de concebirse como una «sanción» contra el deudor que de modo imputable a él deja de cumplir sus

---

<sup>149</sup> Así lo viene entendiendo la jurisprudencia del TS desde muy temprano (vid. [166-195]).

obligaciones<sup>150</sup>, y pasa a entenderse como un remedio a disposición del acreedor en caso de insatisfacción de su interés<sup>151</sup>. Dicha imposibilidad sobrevenida no imputable no sólo constituye incumplimiento a efectos de la resolución prevista en el artículo 1124 CC, sino a todos los efectos. Esto nos permitirá demostrar que la resolución automática lejos de ser la solución idónea distorsiona el verdadero objetivo de los remedios que es proteger, en la medida de lo posible, el interés del acreedor.

#### A. EN TORNO A LA IDEA DE «INCUMPLIMIENTO»

[102] El cambio de perspectiva en la construcción de la responsabilidad (en sentido amplio), que nos lleva a trasladar su enfoque desde los deberes del deudor a la satisfacción del interés del acreedor, tiene una importante consecuencia. Tradicionalmente, se ha venido definiendo el incumplimiento<sup>152</sup> a partir del examen y valoración de la conducta del deudor, y se afirma que existe incumplimiento cuando hay una conducta culpable del deudor. Sin embargo, aquí proponemos, conforme a la tendencia más moderna, una concepción distinta del incumplimiento, centrando el punto de mira en la idea de garantía o resultado a cargo (o a riesgo) del deudor, de tal forma que se puede decir que existe **incumplimiento** cuando no se obtiene un determinado nivel de satisfacción del interés del acreedor<sup>153</sup> (que es el que se entiende que el

<sup>150</sup> El propio ÁLVAREZ VIGARAY, reconoce que la decisión sobre la aplicación o no del artículo 1124 CC pasa por la posición que se adopte respecto a la justificación y la naturaleza que se le otorgue a la resolución por incumplimiento (*La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, p. 154).

<sup>151</sup> Por todos, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 704; ALONSO PÉREZ, M., *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972, p. 118; PANTALEÓN, "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", *A.D.C.*, 1993 p. 1731; y, más recientemente, CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, §§ 1 y 3 que se refiere a la facultad de resolver el contrato por incumplimiento como un medio de tutela del acreedor.

<sup>152</sup> En este punto tenemos que admitir que carecemos de un precepto que establezca con carácter general qué es incumplimiento (*cfr.* con la *CISG*, los *UNIDROIT Principles* y los *PECL*).

<sup>153</sup> Contraponiendo ambos conceptos de incumplimiento, MORALES MORENO, prólogo al libro de Nieves Fenoy Picón, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa*. pp. XXI y XXII.

deudor garantiza al acreedor). Esta noción amplia de incumplimiento abarca **cualquier manifestación** del mismo (cumplimiento defectuoso, incumplimiento total, parcial o retrasado), **con independencia de la valoración** que pueda merecer la **conducta del deudor**. A partir de esta idea básica y unitaria de incumplimiento, no se excluye que sea posible introducir otros elementos valorativos para, en algunos casos, limitar la aplicación de algún remedio.

[103] A favor de contemplar el incumplimiento desde esta nueva perspectiva se ha pronunciado en nuestro ordenamiento Díez-Picazo<sup>154</sup>. En la misma dirección, Morales Moreno ha considerado útil manejar el concepto de “insatisfacción del interés negocial, para comprender mejor y entender en toda su amplitud el problema de la frustración de la función del negocio” afirmando que este hecho tiene una ventaja, y es que ayuda a entender y organizar mejor el sistema de remedios, permitiendo enfocar la situación desde otro planteamiento “quizá no suficientemente penetrado por los juristas, aunque está inevitablemente presente en el Derecho”. Este autor realiza la labor a partir de un caso concreto: la insatisfacción del adquirente debido a anomalías en la cosa<sup>155</sup>; deja entrever los problemas que plantea una concepción del incumplimiento basada en el deber de conducta del deudor y muestra las ventajas de un sistema basado en una construcción unitaria del sistema de responsabilidad contractual que gire en torno a la noción de “ruptura

<sup>154</sup> *Fundamentos*, II, pp. 568 y 569; a ella se ha sumado DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G., *La mora y la responsabilidad contractual*, Madrid, 1996, pp. 349 y ss.

<sup>155</sup> MORALES MORENO, A.M., “El ‘propósito práctico’ y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro” (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico) *A.D.C.*, 1983, fascículo IV, octubre-diciembre, pp. 1529 a 1546, p. 1530.

del contrato” y que agrupe unitariamente los problemas relativos a la falta de realización de los términos del contrato<sup>156</sup>.

Esta concepción del incumplimiento es también defendida por Pantaleón Prieto<sup>157</sup> que define el incumplimiento de una obligación como “desviación del programa de prestación objeto de la misma, sea o no imputable al deudor”, e incluye todo tipo de manifestaciones: incumplimiento definitivo, retraso y cumplimiento defectuoso<sup>158</sup>.

## **B. INTEGRACIÓN DE LA RESOLUCIÓN EN EL SISTEMA DE REMEDIOS**

[104] Junto a la noción unitaria de incumplimiento, es característico del nuevo Derecho de la contratación armonizar la aplicación de un **sistema de remedios** frente al incumplimiento, entre los que se encuentra la resolución por incumplimiento<sup>159</sup>.

Un ejemplo de lo que acabamos de apuntar lo constituye la Convención de Viena de 1980 (en adelante *CISG*), que establece un amplio abanico de remedios (pretensión de cumplimiento, sustitución de las mercaderías, reparación de las mismas, reducción del precio, resolución, indemnización de daños y perjuicios) con los que reaccionar frente al incumplimiento, y que responde a una construcción unitaria de la

<sup>156</sup> En MORALES MORENO, A.M., “Artículo 35”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1998, pp. 286 a 312, pp. 289 a 292.

<sup>157</sup> PANTALEÓN F., “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *A.D.C.*, 1993, XLVI, fascículo IV, octubre-diciembre, pp. 1719 a 1745.

<sup>158</sup> PANTALEÓN F., en la voz, “Incumplimiento (Dº Civil)”, *E.J.B.*, Madrid, 1995, pp. 3507-3508).

Recientemente CASTILLA BAREA, (*La imposibilidad de cumplir los contratos*, pp. 213-214) se ha sumado a esta concepción del incumplimiento entendiendo que hay incumplimiento siempre que la prestación no se cumpla conforme a lo pactado sin juicio de “reprochabilidad” o imputabilidad al deudor del incumplimiento (sin embargo, esta autora otorga autonomía a la imposibilidad respecto del incumplimiento).

<sup>159</sup> En este sentido PANTALEÓN, sostiene que “la primera premisa de un Derecho del incumplimiento congruente valorativamente y altamente eficiente es la previsión de una *disciplina sustancialmente unitaria para toda desviación del programa contractual*: de un conjunto de remedios o medios de tutela del acreedor sustancialmente común para los casos de imposibilidad de la prestación, sobrevinida u

responsabilidad contractual (si bien cada remedio conserva reglas particulares de aplicación).

[105] A pesar de que nuestro Código civil respondía a una construcción desmembrada de los remedios de los que dispone el acreedor, y de que no se ha llevado a cabo una reforma legislativa al respecto, hay base suficiente en nuestro Derecho codificado para aproximar nuestro Ordenamiento a este modelo unitario de responsabilidad contractual, aunque para ello es necesaria una interpretación correctora del Derecho codificado<sup>160</sup>. A favor de una tarea en este sentido, Morales Moreno apunta que contemplar unitariamente el problema de los remedios disponibles frente al incumplimiento presenta una doble ventaja: en primer lugar, la adecuación de todos los remedios al interés concreto que ha quedado insatisfecho; y en segundo lugar, la puesta en conexión de todos los remedios, aunque cada uno de ellos conserve su propia identidad e independencia como resultado de la autonomía de su supuesto de hecho<sup>161</sup>. Esta puesta en conexión de todos los remedios (que se ha de hacer con independencia de que su origen histórico nos los presente separados o de que la dogmática haya encontrado justificación distinta para cada uno de ellos) es el punto de partida para una articulación racional de los mismos<sup>162</sup>.

[106] Por lo que respecta a los remedios que nuestro Ordenamiento ofrece al acreedor en caso de incumplimiento, hace ya tiempo, el profesor

---

*originaria, mora y cumplimiento defectuoso...*" ("Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", A.D.C., 1993, p. 1721).

<sup>160</sup> Así DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, defiende que para la tarea propuesta no es necesaria una reforma importante de nuestro Código civil, sino "una voluntad unánime por parte de la doctrina y de la jurisprudencia de uniformar el sistema" (*La mora y la responsabilidad contractual*, p. 357).

<sup>161</sup> MORALES MORENO, "El 'propósito práctico' y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro" A.D.C., 1983, pp. 1529 a 1546, p. 1538).

Federico de Castro procedió a agruparlos de forma simplificada<sup>163</sup>. Así, distinguió tres grandes remedios: la **resolución por incumplimiento**, la **pretensión de cumplimiento**, y la **indemnización de daños y perjuicios**<sup>164</sup>. Con posterioridad, se ha añadido a esta lista un cuarto remedio que se ha denominado «**pretensión restitutoria del enriquecimiento injustificado**» (que incluye la **pretensión al *commodum repræsentationis***<sup>165</sup>). Todos ellos tienen como **elemento común el incumplimiento**, pero cada uno cumple una función diferente y tiene un supuesto de hecho distinto<sup>166</sup>.

[107] Procede ahora determinar si la resolución por incumplimiento resulta un remedio adecuado en los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable. En caso de ser aplicable, hay que establecer claramente la compatibilidad o incompatibilidad de la resolución con otros posibles remedios disponibles. De mantenerse que el único remedio del que dispone el acreedor en caso de imposibilidad sobrevenida no imputable es la resolución por incumplimiento, podría defenderse el carácter automático de la resolución para estos casos<sup>167</sup>.

<sup>162</sup> MORALES MORENO, "El 'propósito práctico' y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro" *A.D.C.*, 1983, pp. 1529 a 1546, p. 1538.

<sup>163</sup> CASTRO, "Sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial", XVII, pp. 95 a 104, pp. 98 a 100.

<sup>164</sup> Más recientemente, PANTALEÓN, en "El sistema de responsabilidad contractual", *A.D.C.*, 1991, p. 1043. Y posteriormente en "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", *A.D.C.*, 1993, p. 1727 PANTALEÓN, propone una revisión del sistema de remedios frente al incumplimiento, y define estos tres grupos con mayor detalle. En concreto, respecto de la resolución por incumplimiento sostiene que constituye una categoría amplia que incluye la **reducción del precio** y la **exceptio non adimpleti contractus**. Además, propone la incorporación de la figura de la resolución anticipada. Por lo que respecta a la pretensión de cumplimiento, incluye dentro de ella los remedios de la **reparación** y la **sustitución**. Y en los remedios indemnizatorios PANTALEÓN distingue entre la **responsabilidad contractual en sentido estricto**, condicionada a que el incumplimiento sea imputable al deudor, y la **indemnización de los gastos del contrato satisfechos por el contratante que resuelve**.

<sup>165</sup> PANTALEÓN, "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", *A.D.C.*, 1993, p. 1727.

<sup>166</sup> PANTALEÓN, "El sistema de responsabilidad contractual", *A.D.C.*, 1991, p. 1043.

<sup>167</sup> De hecho, éste es uno de los argumentos esgrimidos por aquellos autores que aun partiendo de una concepción del incumplimiento basada en la culpabilidad del deudor, defienden una interpretación objetivadora del remedio resolutorio.

**C. LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO COMO REMEDIO APLICABLE EN CASO DE IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA NO IMPUTABLE**

[108] Hoy en día, está generalmente admitido que la resolución por incumplimiento prevista en el artículo 1124 CC no es más que un **medio de protección y defensa** de la parte de la relación obligatoria que sufre la inejecución del programa de prestación (que venimos denominando acreedor)<sup>168</sup>.

Despojado el incumplimiento de su carácter ilícito y despojada la resolución de toda connotación sancionadora, podemos afirmar que **no es necesario** que el incumplimiento previsto en el artículo 1124 CC resulte **subjetivamente imputable al deudor**<sup>169</sup> para que el acreedor pueda acudir a este remedio, es más, puede acudir al remedio resolutorio incluso cuando el deudor ha quedado liberado de su obligación (en virtud de los artículos 1182 y 1184 CC cuando la imposibilidad no le sea imputable). Por tanto, el hecho de que la imposibilidad sobrevenida no sea imputable al deudor no impide, en principio, el recurso a este remedio.

En definitiva, en la concepción de la resolución por incumplimiento aquí defendida, la imposibilidad sobrevenida no imputable no es más que una de las formas que puede revestir el incumplimiento previsto en el artículo 1124 CC como causa de resolución. Así lo defiende una parte muy

<sup>168</sup> Por todos, DÍEZ-PICAZO, "Resolución (Dº Civil)", *E.J.B.*, p. 5890); PANTALEÓN, "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", *A.D.C.*, 1993, pp. 1732 y 1733; CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, núm. 40, p. 89.

<sup>169</sup> Entre otros, ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, pp. 118 y 122 (aunque en un principio este autor negó la resolución para el caso de incumplimiento no imputable: "el artículo 1124 descansa en presupuestos de culpabilidad, de forma que el incumplimiento base de la resolución debe apoyarse en causas imputables al deudor" (ALONSO PÉREZ, M., *Sobre la esencia del contrato bilateral*, Salamanca, 1967, p. 66); ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil español*, II, 3ª ed., p. 58; DELGADO, J., *Elementos de Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, vol. 1º, *Parte General. Teoría General del Contrato*, 3ª ed., Barcelona, 1994, p. 202; GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, p. 165; DÍEZ PICAZO, *Fundamentos*, II, pp. 655 y 656; PANTALEÓN, "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", *A.D.C.*, 1993, pp. 1732 y 1733, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *La mora y la responsabilidad*



relevante de nuestra doctrina<sup>170</sup>, que descarta la idea de que en los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable existe una laguna legal que se cubre con la aplicación analógica del artículo 1124 CC, o que dicho precepto contempla dos supuestos: la resolución por incumplimiento y la resolución por imposibilidad sobrevenida fortuita.

[109] La regla general según la cual la imposibilidad sobrevenida no imputable es causa de resolución del contrato no es absoluta, deja de operar cuando el Ordenamiento o la voluntad de las partes han establecido expresamente otra solución<sup>171</sup>. En este sentido, la doctrina suele mencionar el artículo 1452 CC como norma que atribuye el riesgo de la contraprestación al acreedor y que por tanto impide la aplicación del artículo 1124 CC<sup>172</sup>.

---

*contractual*, p. 402 y p. 502 (aunque no compartimos lo que se añade a mayor abundamiento para justificar la inexistencia del requisito de la imputabilidad del incumplimiento).

<sup>170</sup> Así, DÍEZ-PICAZO afirma que el artículo 1124 “otorga la facultad resolutoria por el puro hecho objetivo del incumplimiento, que se produce también cuando la prestación es imposible. Ello permite entender que existe en el artículo 1124 la figura de la resolución por imposibilidad sobrevenida” (*Fundamentos*, II, p. 656); ALONSO PÉREZ siguiendo a Díez-Picazo sostiene que “la imposibilidad sobrevenida de la prestación, aunque sea fortuita, es un justo motivo de resolución” (*El riesgo en el contrato de compraventa*, p. 138), ROCA JUAN, “Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida”, p. 538; PANTALEÓN, es categórico en este aspecto y afirma que “me parece indiscutible que la facultad de resolución prevista en el artículo 1124 CC (...) también procede en el caso de imposibilidad sobrevenida fortuita de cualquiera de las prestaciones” (“El sistema de responsabilidad contractual”, p. 1048).

<sup>171</sup> Por todos DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 720. CABANILLAS, “La imposibilidad sobrevenida de la prestación por falta de cooperación del acreedor”, p. 127, PANTALEÓN, “El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)”, *A.D.C.*, 1991, p. 1048. GARCIA CANTERO, G., “Comentarios a los artículos 1445 a 1541 del Código civil” en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, XIX, “Artículos 1445 a 1541 del Código civil”, 2ª ed., 1991, p. 84.

<sup>172</sup> PANTALEÓN, “El sistema de responsabilidad contractual”, *A.D.C.*, 1991, p. 1048. DÍEZ-PICAZO, que en ediciones anteriores mencionaba expresamente el artículo 1452 como excepción a la aplicación del artículo 1124 CC en los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor, en la última edición se limita a afirmar: “el límite de la acción resolutoria en los casos en que ahora nos movemos, debe encontrarse únicamente en una posible regulación legal de un sistema distinto para el problema del *periculum obligationis*. Si de algún texto legal (...) se extrae la idea de que se lleva a cabo una forma distinta de distribución de riesgos, tal precepto excluirá la posibilidad de ejercicio de la acción resolutoria. Sin embargo, con la excepción mencionada, la regla general debe considerarse que es la de la posibilidad de resolución” (*Fundamentos*, II, p. 720).

## 1. Límites a la aplicación del artículo 1124 CC: la traslación de los riesgos al acreedor (artículo 1452 CC)

[110] Conforme a la interpretación del artículo 1124 CC que aquí se defiende, es evidente que quedan tratados como problemas de incumplimiento algunos de los que tradicionalmente se situaban en la doctrina de los riesgos. El artículo 1124 CC nos proporciona el siguiente principio: cuando el deudor no puede ejecutar su prestación con motivo de una imposibilidad sobrevenida no imputable, el acreedor puede resolver la relación. Ello nos permite concluir que es el deudor, como regla general, el que soporta el riesgo de imposibilidad de la prestación. Por tanto, la invasión por este precepto del ámbito que tradicionalmente se le otorgaba a los riesgos tiene relevancia en la medida en que se sostenga la regla “el riesgo es del acreedor”, regla que parece regir en materia de compraventa en el artículo 1452 CC. Vamos a recordar a continuación cómo se aplica esta regla en nuestro Ordenamiento.

[111] El primer párrafo del artículo 1452 CC establece que “el daño o provecho de la cosa vendida, después de perfeccionado el contrato, se regulará por lo dispuesto en los artículos 1096 y 1182”.

Aunque algún autor ha defendido que de los términos del precepto lo único que se deduce es una referencia a la extinción de la obligación del vendedor, pero que nada se dice respecto de la del comprador<sup>173</sup>, de forma mayoritaria ha sido interpretado en el sentido de que a pesar de la

---

<sup>173</sup> Así ALBALADEJO, M., sostiene que en nuestro Derecho se puede defender que el riesgo lo soporta el vendedor, ya que el artículo 1452 CC deja sin resolver la cuestión de la contraprestación, con lo que se acude a la regla del artículo 1124 CC (*Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol.2, 9ª ed., Barcelona, 1994, pp. 48 a 54).

extinción de la obligación de entregar del vendedor, subsiste la obligación del comprador de pagar el precio<sup>174</sup>.

Esto significa que mientras que el artículo 1124 CC permite al acreedor instar la resolución a pesar de que el incumplimiento provenga de una imposibilidad sobrevenida no imputable (el riesgo por imposibilidad lo soporta el deudor que no puede cumplir), en materia de **compraventa**, el artículo 1452 CC imputa el riesgo al comprador (*periculum est emptoris*), pues no le permite valerse de la resolución del contrato y **a pesar de no recibir la cosa tiene que pagar el precio**. En nuestro Ordenamiento, el comprador asume el riesgo de la prestación en su calidad de acreedor y no como propietario de una cosa que todavía no le pertenece (falta la entrega)<sup>175</sup>. En otras palabras, el artículo 1124 CC

<sup>174</sup> Recientemente, CASTILLA BAREA, (*La imposibilidad de cumplir los contratos*, p. 390) ha defendido una interpretación conjunta de los tres párrafos del artículo 1452 CC para establecer la regla *Periculum est Emptoris*. Según esta autora, aunque los párrafos primero y segundo del precepto no establecen claramente que el comprador siga obligado a su contraprestación a pesar de la pérdida de la cosa, "(l)a interpretación gramatical del art. 1452.II CC, enlazada sistemáticamente con los apartados que le preceden, nos obliga a dar la razón a la doctrina que sostiene la consagración del «*Periculum est Emptoris*» en el art. 1452 CC, porque la letra de aquél dispone que «no se reputará el riesgo al comprador hasta...», lo que en contraste con los párrafos primero y segundo significa dos cosas: **que también en ellos el riesgo se atribuye al comprador, pero que se le imputa en un momento anterior, en el de la perfección del contrato**" (la negrita es de la autora).

<sup>175</sup> LAMARCA MARQUÉS, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, p. 138.

La situación en el Ordenamiento francés es distinta. El artículo 1138 del CC francés después de declarar que la obligación de entregar la cosa se perfecciona por el solo consentimiento de las partes contratantes, en su segundo apartado establece que el acreedor devenido propietario soporta en principio los riesgos de la cosa, mientras la entrega no se haya efectuado ("elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier"). Supone una derogación del Derecho común del artículo 1184 CC francés, pues en el marco de un contrato traslativo de propiedad (v. gr. compraventa), si la cosa se pierde como consecuencia de un caso fortuito o de fuerza mayor, a partir del momento de intercambio de consentimientos, el comprador deviene obligado a pagar el precio aunque no pueda recibir la cosa.

Respecto del fundamento de dicha regla, aunque algunos comentaristas del Código civil francés estimaron que no hacía más que continuar la tradición romana (*res perit creditori*) admitida por autores tan importantes como Domat y Pothier, pronto se puso de relieve que suponía una importante ruptura con el Derecho romano, a partir del momento en que la transmisión de la propiedad tenía lugar por el solo consentimiento, sin que fuera requisito la *traditio*. Por tanto, la justificación de la regla prevista en el párrafo segundo del artículo 1138 CC francés hay que buscarla precisamente en su primer párrafo: es la transmisión de la propiedad la que funda la carga de los riesgos sobre el comprador, el comprador sufre los riesgos no en calidad de acreedor, sino de propietario. En otras palabras, no responde a la regla *res perit creditori* sino a la regla *res perit domino*. Ello supone que lo previsto en el artículo 1138 CC francés no constituye una excepción al principio *res perit debitori*, puesto que las situaciones a las que responde no son exactamente las mismas: en el ámbito del artículo 1138 CC francés, a una relación personal que liga a un acreedor y a un deudor, se añade la presencia de una cosa sobre la que pesa un derecho de

entra en contradicción con la concepción romana del riesgo en la compraventa: *res perit emptori*<sup>176</sup>, y, por tanto, hay que afirmar que, en caso de compraventa, el artículo 1452 CC deja inoperante al artículo 1124 CC cuando la cosa vendida se pierde de forma fortuita<sup>177</sup>.

Sin embargo, vamos a comprobar que tanto la doctrina como la jurisprudencia han tendido a restringir el ámbito de aplicación de la regla *res perit emptori* contenida en el artículo 1452 CC<sup>178</sup>. Ello supone una aplicación de la regla general prevista en el artículo 1124 CC en lugar de la normativa especial contenida en el artículo 1452 CC para los contratos de compraventa<sup>179</sup>.

#### **a. Intentos doctrinales de minimizar el alcance del artículo 1452 CC**

[112] La doctrina española, —a la que los resultados apuntados no le convencen—, se ha visto en la necesidad de intentar limitar el alcance

---

propiedad. (GHESTIN y BILLIAU, *Traité de Droit civil*, "Les obligations. núms. 526 a 530). Dicho en otras palabras, la transmisión del riesgo queda ligada a la transmisión de la propiedad.

<sup>176</sup> Vid. ZIMMERMANN, R., *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, pp. 281-292 en donde expone lo que considera el verdadero alcance de la regla *periculum est emptoris* en Derecho romano, en concreto, el ámbito limitado en el que operaba (sólo cuando existe *emptio perfecta*) y el concepto de *periculum* (pérdida o deterioro de la cosa debido a vis maior) que se manejaba y que la justificaba como regla razonable y equitativa. Cosa distinta es el alcance que se le ha dado en siglos posteriores a dicha regla y que ha hecho que sea considerada injusta.

<sup>177</sup> En este sentido, son muy gráficas las palabras de CASTILLA BAREA: "(...) entre las reglas del artículo 1124 CC y las del 1452 CC existe una incompatibilidad o una colisión en punto al tratamiento de la imposibilidad sobrevenida: el artículo 1452 CC constituye con respecto al 1124 una *lex specialis* (sic), de aplicación por tanto preferente a la del último precepto citado" (*La imposibilidad de cumplir los contratos*, p. 423).

<sup>178</sup> Curiosamente el artículo 333 C Co establece que "Los daños y menoscabos que sobrevinieren a las mercaderías, perfecto el contrato y teniendo el vendedor los efectos vendidos a disposición del comprador en el lugar y tiempo convenidos, serán de cuenta del comprador, excepto los casos de dolo o negligencia del vendedor".

<sup>179</sup> No es la primera vez que los remedios propios de la compraventa quedan desplazados por los remedios generales, así hoy en día parece admitido que la aplicación de los remedios propios de la compraventa para los casos de falta de conformidad (acción redhibitoria y *quantum minoris*), han cedido paso a la aplicación de remedios generales como la resolución por incumplimiento prevista en el artículo 1124 CC. Una clara demostración de este hecho lo constituye la monografía de FENOY PICÓN, N., *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa*, OSTI, G., "Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, 1954, p. 604; e insiste sobre este hecho MORALES MORENO, A.M., "Adaptación del Código civil al

del artículo 1452 CC, y lo ha hecho, en la mayoría de los casos, buscando una interpretación de la norma que permita retrasar al máximo el momento en que se entiende que los riesgos son del comprador, que según señala el artículo 1452 CC es el momento “después de perfeccionado el contrato”. También se ha perseguido el mismo fin a través del significado que se ha dado al “daño o provecho de la cosa vendida” al que se refiere el artículo 1452 CC. Veamos algunos de estos intentos doctrinales de minimizar los efectos de esta norma.

[113] I. Cossío, en un intento de justificar la norma del artículo 1452 CC, afirma que lo único que hace este precepto es contemplar el hecho de que perfeccionado el contrato y puesta la cosa a disposición del comprador, si éste no la retira es porque no quiere o no le conviene, y justo es que los riesgos sean soportados por aquel contratante en cuyo provecho se ha diferido la entrega<sup>180</sup>. Según este autor, el artículo 1452 CC se limita a “desplazar la carga de la prueba” en el sentido de que si se prueba que la dilación se produjo en beneficio exclusivo del vendedor y por mera transigencia del comprador, se le deben imputar los riesgos al vendedor, negándosele la acción para exigir el pago del precio<sup>181</sup>. A favor de esta solución añade que no hay que olvidar que, conforme al artículo 1258 CC, es una consecuencia derivada de la buena fe que aquél a quien aprovecha la dilación, deben perjudicar los riesgos que de la misma puedan derivarse.

[114] II. Roca Sastre parte de que el Código civil sigue fielmente, en lo sustancial, el sistema romano de *res perit emptori*, lo que significa que concluido el contrato y antes de verificarse la tradición, si la cosa se pierde por caso fortuito, se extingue la obligación del vendedor de entregar la cosa, mientras que el comprador sigue obligado a pagar el precio, pues esta obligación permanece intacta<sup>182</sup>. Afirma Roca Sastre que la regla aquí

---

Derecho Europeo: la compraventa”, Ponencia presentada en las XII Jornadas de Derecho Catalán en Tosa, p. 5.

<sup>180</sup> COSSÍO, A. de., “Los riesgos en la compraventa civil y mercantil”, *R.D.P.*, núm.326, mayo 1944, pp. 371 y 372.

<sup>181</sup> Sostiene que la presunción contenida en el artículo 1452 CC es una norma de Derecho excepcional y que por tanto se impone una interpretación restrictiva “siendo aplicable a todos los casos que no estén claramente contenidos en la misma, la norma general que sienta el artículo 1124CC” (“Los riesgos en la compraventa civil y mercantil”, *R.D.P.*, núm. 326, 1944, p. 372).

<sup>182</sup> ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, I, pp. 392-393. En la p. 394 dice que “hay que interpretar tal precepto en el sentido de que para él la obligación de entregar se extingue por imposibilidad objetiva subsiguiente, y que subsiste la obligación de pagar el precio, que por su carácter dinerario no es de posible extinción por razón de dicha imposibilidad objetiva, ya que ni la insolvencia del comprador la implica.” Para este autor no hay colisión entre los artículos 1124 y 1452 CC puesto que el primero de ellos

defendida goza de plena justificación si se tiene en cuenta que sólo resulta aplicable a partir del momento de la *emptio perfecta*, es decir, desde el momento en el que la cosa vendida está en condiciones de ser entregada al comprador, de modo que es a éste y no al vendedor al que se debe, en su caso, que la entrega no se haya efectuado o que esté diferida<sup>183</sup>.

[115] III. Alonso Pérez<sup>184</sup> sostiene que la norma contenida en el artículo 1452 CC significa que “cuando la cosa vendida perece, se menoscaba o desaparece fortuitamente, la obligación del comprador se perpetúa (...) y en ningún caso es posible optar por la resolución”<sup>185</sup>. Afirmar que mientras que la resolución tiene como fundamento básico la tutela del interés del acreedor, en el artículo 1452 CC se atribuye el riesgo al comprador porque se estima que el vendedor hizo cuanto estuvo en su poder para cumplir. La bondad de la norma del artículo 1452 CC se encuentra, según este autor, en el hecho de que siendo la venta perfecta y estando la cosa a disposición del comprador, sin que el vendedor haya obstaculizado la entrega por hechos a él imputables, “el crédito ya está vocado a su patrimonio, así como la cosa al del comprador” y justo es que el riesgo lo soporte el comprador<sup>186</sup>.

García Cantero reconoce la “cabalística” redacción del artículo 1452 CC y afirma que hay que admitir, de acuerdo con la doctrina mayoritaria en la actualidad, que este precepto acoge la regla *periculum est emptoris*. Y a pesar de que dicha regla constituye “una excepción a la regla general de que la extinción de una obligación recíproca por imposibilidad no culpable del deudor otorga a la otra parte la facultad de resolver aquélla con base en el 1124, produciendo la extinción de su contraobligación”, se muestra totalmente de acuerdo con la justificación que a la misma acabamos de ver que ofrece Alonso Pérez<sup>187</sup>.

---

exige un incumplimiento imputable y no se refiere al fortuito o por imposibilidad objetiva subsiguiente (p. 394).

<sup>183</sup> ROCA SASTRE, *Estudios de derecho Privado*, I, p. 397. Afirmar este autor, que si se da relevancia a la distinción entre *emptio perfecta* y *contracta*, en caso de *emptio perfecta* si bien el vendedor sigue siendo propietario “no lo es de un modo absoluto o libre, pues la cosa que ha vendido y que posee a disposición del comprador, es como si se produjere como un depositario” y el comprador “si bien tampoco es aún propietario, tiene algo más que nada sobre la cosa comprada, lo que impide que él la considere como absolutamente ajena”; concluye afirmando que es como si la cosa se hallare en la frontera entre el patrimonio del comprador y el del vendedor (p. 401). Además el vendedor, como acreedor se encuentra asistido por lo previsto en el art. 1186 CC.

<sup>184</sup> ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, p. 133.

<sup>185</sup> ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, p. 139.

<sup>186</sup> ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, p. 239.

<sup>187</sup> GARCIA CANTERO estima que el legislador se ha ocupado de mitigar las consecuencias de la imputación del riesgo al comprador mediante la atribución de los *commoda* y de las acciones que tuviera el deudor frente a terceros (art. 1186 CC) y de la imputación al vendedor de la carga de la prueba (art. 1183 CC). Además, considera que existe una verdadera distribución de riesgos entre comprador y vendedor pues la regla no se aplica: a) en caso de pacto expreso de asunción de riesgos por el vendedor; b) de actuación culposa del mismo; c) de haber incurrido en mora al entregar; d) de la existencia de vicios ocultos (*Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, XIX, “Artículos 1445 a 1541 del Código civil”, 2ª ed., 1991, p. 85). Sin olvidar que no es suficiente con que la venta sea perfecta sino que hace falta que exista la posibilidad inmediata de poner la cosa a disposición del comprador.

[116] IV. Es quizá **Pintó Ruiz** el autor que concede al artículo 1452 CC un ámbito de aplicación más limitado. Para ello adopta un punto de partida radical: afirma que hoy en día el brocardo *periculum est emptoris* resulta inadmisibles porque es contrario al carácter recíproco de las obligaciones. Considera que no es de extrañar que autores como Roca Sastre mitiguen la regla en un esfuerzo de equidad desplazando el riesgo, no al momento del convenio, sino a otro posterior, aunque anterior a la consumación de la venta<sup>188</sup>. Pintó admite la distinción entre *emptio contracta* (que existe desde el momento en que las partes han celebrado el contrato) y *emptio perfecta* (celebrado el contrato, se halla todo dispuesto para consumarse: el vendedor tiene a disposición del comprador la cosa, siendo aquél una especie de depositario; aunque es dueño, se encuentra en una fase interina o de tránsito). Esta distinción le permite defender que el momento decisivo a partir del cual el comprador corre con el riesgo, es decir, el momento a partir del cual opera la regla *res perit emptori*, es el momento en que la compraventa queda en disposición de ser cumplida (no hay nada que impida su ejecución inmediata).

[117] Además, se hace eco de la interpretación que **L. Díez-Picazo** ofrecía del artículo 1452 CC, en virtud de la cual es necesario distinguir entre *incommoda* y la propia pérdida de la cosa<sup>189</sup>. Esta distinción le permite concluir que el artículo 1452 CC primer párrafo sólo hace referencia al “daño o provecho”, es decir a los *incommoda*, no a la pérdida total de la cosa<sup>190</sup> y por tanto no resulta aplicable en este último caso. Cuando lo que sucede es la pérdida total de la cosa nos encontramos fuera del campo de actuación del artículo 1452 CC y nada obsta a que operen las exigencias derivadas del carácter sinalagmático de la relación<sup>191</sup> en concreto, a la aplicación del artículo 1124 CC como norma general<sup>192</sup> que, además, en este supuesto, se comporta como una condición (por ser la actualización del riesgo acaecimiento extraño a la voluntad de las partes, bien por no ser previsible,

<sup>188</sup> PINTÓ RUIZ, “Resolución del contrato y la regla «*Periculum est Emptoris*»”, *R.J.C.*, 1975, p. 695, nota 1.

<sup>189</sup> En *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, *Introducción. Teoría del contrato. Las relaciones obligatorias*, 1ª ed., Madrid, 1970, p. 851, suprimido en *Fundamentos*, II, 1996.

<sup>190</sup> Por lo que respecta al concepto de “pérdida”, aclara Pintó que no hay que entender sólo como tal la destrucción física de la cosa, sino que la pérdida de una cualidad, el menoscabo que la prive de la utilidad resultando imposible o antieconómica su reparación, constituye también pérdida de la cosa. Y desde el punto de vista dogmático, este hecho constituye a la vez pérdida de la cosa y frustración del fin práctico (“Resolución del contrato y la regla «*Periculum est Emptoris*»”, *R.J.C.*, 1975, p. 747).

<sup>191</sup> *Fundamentos I*, 1ª ed., 1970, p. 855. PINTÓ RUIZ se adhiere a esta opinión, y OGÁYAR AYLLÓN, (*Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina Jurisprudencial sobre los Artículos 1124 y 1504 del Código Civil*, p. 172), MONTES PENADES, V.L., (“Artículo 1124 CC” (pp. 1171 a 1255), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, XV, Vol. 1º, “Artículos 1088 a 1124 del Código Civil”, Madrid, 1989, p. 1238), y más recientemente, CLEMENTE MEORO parece defender esta interpretación del artículo 1452 CC, (CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, núm. 221).

<sup>192</sup> PINTÓ, RUIZ, “Resolución del contrato y la regla «*Periculum est Emptoris*»”, *R.J.C.*, 1975, p. 745.

bien por no ser dominado o evitado), y viene a constituir otro caso de actuación de la causa en el período de ejecución<sup>193</sup>.

[118] La conjunción de ambos planteamientos lleva a Pintó a sostener que: a) hasta que la venta celebrada no alcance la situación de perfecta, no hay ningún problema de concurrencia entre los artículos 1124 y 1452 CC; se aplica el artículo 1124 CC; b) en caso de venta perfecta, si se produce la pérdida o un menoscabo asimilable a pérdida se aplica el artículo 1124 CC, pudiendo el comprador que no puede exigir el cumplimiento solicitar la resolución del contrato; y c) en caso de venta perfecta y menoscabo no asimilable a pérdida, actúa la regla *periculum est emptoris* y no se aplica el artículo 1124 CC (no sólo por la existencia de la regla sino por la inaplicabilidad al caso del artículo 1124 CC dado el carácter accidental del menoscabo que no provoca una falta esencial que permita el recurso a este remedio)<sup>194</sup>.

Las anteriores conclusiones le permiten a Pintó defender que no existe incompatibilidad entre los artículos 1124 y 1452 CC, el último de los preceptos sólo opera cuando existe un menoscabo, siendo un incumplimiento insuficiente para la aplicación del artículo 1124 CC.

#### **b. Inaplicación del artículo 1452 CC por el Tribunal Supremo**

[119] A pesar de los intentos doctrinales de minimizar el alcance del artículo 1452 CC lo cierto es que en él se consagra el principio *periculum est emptoris*. Sin embargo, una aproximación a las sentencias de nuestro Tribunal Supremo, nos permite constatar que la aplicación del artículo 1452 CC es muy escasa<sup>195</sup>, y desde hace unos años prácticamente inexistente<sup>196</sup>.

Recientemente, Castilla Barea<sup>197</sup> ha hecho un estudio detallado de la jurisprudencia del TS sobre el artículo 1452 CC. Desde el año

<sup>193</sup> PINTÓ, RUIZ, "Resolución del contrato y la regla «*Periculum est Emptoris*»", *R.J.C.*, 1975, p. 478, nota 142.

<sup>194</sup> PINTÓ, RUIZ, "Resolución del contrato y la regla «*Periculum est Emptoris*»", *R.J.C.*, 1975, pp. 748 y 749.

<sup>195</sup> GARCÍA CANTERO cita la STS de 15 de marzo de 1941 aunque el caso resuelto en la sentencia quedaba fuera del campo del artículo 1452 pues existió entrega (*Comentario del Código civil y CCFF*, XIX, 2ª ed., p. 84); en LACRUZ, (núm. 380 bis) se citan las SSTs de 29 de abril de 1947 (RA 607); 6 de octubre de 1965 (RA 4358) y 21 de marzo de 1991 como defensoras de la regla "*Periculum est Emptoris*".

<sup>196</sup> HAZA pone de relieve la inexistencia en la última década de decisiones jurisprudenciales que se planteen la inadecuación del artículo 1124 CC por existir una medida específica que es el artículo 1452 CC (*El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, p. 75).

<sup>197</sup> *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Madrid, 2001, pp. 405 a 411.



treinta ha encontrado once sentencias en las que se hace alusión a dicho precepto que tampoco aportan claridad respecto a su aplicación e interpretación. Así, las SSTS de 21 de abril de 1954<sup>198</sup>, de 12 de diciembre de 1962<sup>199</sup>, de 18 de noviembre de 1963<sup>200</sup> no aportan ningún dato útil sobre el sentido del precepto pues se limitan a declarar la improcedencia de su aplicación al caso; en las SSTS de 9 de junio de 1949<sup>201</sup>, de 16 de noviembre de 1979<sup>202</sup> y de 29 de abril de 1947<sup>203</sup>, una de las partes había alegado el artículo 1452 CC para intentar resolver problemas de alteraciones del precio de las mercaderías y, por tanto, no constituyen realmente un supuesto de riesgo contractual ocasionado por una imposibilidad sobrevenida. En las dos primeras el TS niega la aplicación del artículo 1452 CC a estos casos y en la tercera admite su aplicación considerando que la alteración del precio es un caso de *commodum* contemplado y atribuido al comprador; la STS de 20 de junio de 1994<sup>204</sup> resuelve un caso en el que se discute a quién corresponde los frutos de la cosa vendida y afirma que perfecto el contrato, tanto los riesgos como los frutos corresponden al comprador; la STS de 6 de octubre de 1965<sup>205</sup> en un caso que no era de riesgos, se refiere al artículo 1452 CC; y las SSTS de 2 de diciembre de 1953<sup>206</sup> y 23 de abril de 1970<sup>207</sup> atribuyen el riesgo de la pérdida de las mercaderías vendidas y no entregadas al comprador pero no por aplicación estricta del principio *periculum est emptoris* sino porque el comprador había incurrido en mora *creditoris*.

Las anteriores observaciones nos permiten concluir que en la mayoría de las ocasiones, el Tribunal Supremo resuelve los casos de imposibilidad sobrevenida en materia de compraventa sin recurrir al artículo 1452 CC y en contadísimas ocasiones aplica dicho precepto a problemas que sean de estrictamente de riesgo. Ello se debe sin duda a que es escasamente alegado por las partes y raramente se invoca en verdaderos supuestos de imposibilidad sobrevenida<sup>208</sup>.

<sup>198</sup> STS de 21 de abril de 1954 (RA 1308).

<sup>199</sup> STS de 12 de diciembre de 1962 (RA 4819).

<sup>200</sup> STS de 18 de noviembre de 1963 (RA 4834).

<sup>201</sup> STS de 9 de junio de 1949 (RA 730).

<sup>202</sup> STS de 16 de noviembre de 1979 (RA 3850).

<sup>203</sup> STS de 29 de abril de 1947 (RA 607).

<sup>204</sup> STS de 20 de junio de 1994 (RA 4935).

<sup>205</sup> STS de 6 de octubre de 1965 (RA 4358).

<sup>206</sup> STS de 2 de diciembre de 1953 (RA 3152).

<sup>207</sup> STS de 23 de abril de 1970 (RA 2033).

<sup>208</sup> CASTILLA BAREA, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, pp. 405 a 406.

**c. Justificación de la regulación del riesgo**

[120] En un sistema en el que el incumplimiento funciona con criterios de culpabilidad tiene sentido distinguir entre “incumplimiento” y “atribución del riesgo”; pero, en un sistema, como el que proponemos, en el que la noción de “incumplimiento” es objetiva y nada tiene que ver con la culpabilidad, parece perder justificación la distinción entre “incumplimiento” y “atribución del riesgo”.

No obstante, advertimos que la **Convención de Viena de 1980 de compraventa internacional de mercaderías**, que responde a este nuevo sistema, se sigue refiriendo a la transmisión del riesgo. ¿Qué sentido tiene esta referencia? Creemos que no es otro que el de fijar un momento a partir del cual la pérdida o deterioro de la cosa no constituye incumplimiento del vendedor. Ese momento se sitúa, en principio, en el momento de la entrega. Pero ésta admite diferentes modalidades y circunstancias (*vid.* art. 31 *CISG*). Esa diversidad hace recomendable precisar en cada una de ellas el momento de transmisión del riesgo. Esa es, precisamente, la función de los artículos 66 a 70 *CISG*.

[121] El artículo 66 *CISG* comienza la regulación de la transmisión del riesgo en la compraventa internacional poniendo de manifiesto las consecuencias jurídicas que provoca la transmisión de dicho riesgo al comprador<sup>209</sup>. Así dispone que “la pérdida o deterioro de las mercaderías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador no liberarán a éste de su obligación de pagar el precio, a menos que se

---

Esta autora ha puesto de manifiesto que no sólo los tribunales resuelven los problemas de imposibilidad sobrevenida en materia de compraventa sin acudir al artículo 1452 CC, sino que la regla de la atribución del riesgo al comprador desde el momento de la perfección del contrato tampoco entra en juego fuera de los tribunales. Según esta autora, en la práctica, las partes reemplazan este criterio por el de “puesta a disposición” del comprador de la cosa objeto del contrato (p. 411).

<sup>209</sup> CAFFARENA, J., “Artículo 66”, p. 514.

deban a un acto u omisión del vendedor”; ello significa que cuando el riesgo se le haya transmitido al comprador, éste no podrá valerse de los remedios del incumplimiento (incluida la resolución) si tiene lugar una pérdida o deterioros fortuitos de la cosa objeto del contrato<sup>210</sup>.

[122] Los artículos 67 a 69 *CISG* determinan el *momento* a partir del cual la pérdida o deterioro de la cosa vendida por causa fortuita pasa a ser a riesgo del comprador.

[123] Y, por último, el artículo 70 *CISG* establece que “(s)i el vendedor ha incurrido en incumplimiento esencial del contrato, las disposiciones de los artículos 67, 68 y 69 no afectarán a los derechos y acciones de que disponga el comprador como consecuencia del incumplimiento”.

Este precepto no se refiere a los casos en los que el incumplimiento del vendedor ha determinado la pérdida o deterioro de las mercaderías (en cuyo caso ni siquiera se plantea el problema), ni tampoco a aquellos casos en los que el incumplimiento del vendedor (falta de entrega) hace que el riesgo no se transmita al comprador. Se limita a aclarar que el hecho de que el riesgo de pérdida o deterioro fortuito de la cosa se haya transmitido al comprador, conforme a los preceptos señalados, no excluye el que éste todavía pueda reclamar por incumplimiento del vendedor, distinto del de la falta de entrega de la cosa, (por ejemplo porque la cosa no es conforme o no está libre de

---

<sup>210</sup> Como ha puesto de relieve CAFFARENA, este precepto se refiere a la cuestión del riesgo del contrato de compraventa entendido éste en un sentido técnico-jurídico estricto, no se refiere por tanto al riesgo económico de la operación que supone la celebración del contrato, ni al *periculum rei* (es decir, para quién se pierde la cosa), ni se limita a liberar al vendedor de su obligación por imposibilidad sobrevenida fortuita de la prestación, sino que determina la incidencia que tiene en la relación obligatoria surgida del contrato de compraventa, la pérdida o deterioro fortuitos de las cosas objeto del contrato. (CAFFARENA “Artículo 66”, p. 515).

derechos o pretensiones de terceros)<sup>211</sup>. Pero, de este artículo se extrae algo más: que esa reclamación no queda afectada por la potencial pérdida o deterioro fortuitos de la cosa. Lo cual significa que el comprador puede ejercitar el remedio resolutorio (por incumplimiento esencial) y tiene derecho a que se le restituya el precio pagado, aunque no esté en condiciones de restituir la cosa porque se haya perdido o deteriorado, no por razón de sus defectos (porque entonces correría directamente a riesgo del vendedor) sino por caso fortuito<sup>212</sup>.

[124] Como ha quedado apuntado, la *CISG* renuncia a establecer un único criterio para determinar el momento de transmisión del riesgo, y opta por regular dicho traspaso en cada una de las distintas situaciones que se pueden plantear<sup>213</sup>.

El artículo 69.1 *CISG* establece que, en el caso de que el comprador estuviese obligado a **hacerse cargo de las mercaderías en el establecimiento del vendedor**, “el riesgo se transmitirá al comprador cuando éste se haga cargo de las mercaderías o si no lo hace, a su debido tiempo, desde el momento en que las mercaderías se pongan a su disposición e incurra en incumplimiento del contrato al rehusar su recepción”. El criterio seguido es el de la **recepción de las mercaderías por el comprador**; hasta ese momento (toma de posesión por el

<sup>211</sup> En nuestro Ordenamiento carecemos de una norma que contemple con carácter general la relación entre el incumplimiento del vendedor y la atribución del riesgo al comprador (*vid.* al respecto las interesantes observaciones de CAFFARENA, “Artículo 70”, p. 554).

<sup>212</sup> Apunta CAFFARENA que como consecuencia de lo previsto en el artículo 70 *CISG*, si el comprador opta por el remedio resolutorio, el riesgo de pérdida o deterioro de las mercaderías resulta indirectamente trasladado al vendedor (“Artículo 70”, p. 555).

<sup>213</sup> OLIVA BLÁZQUEZ, *La transmisión del riesgo en el contrato de compraventa internacional*, Valencia, 2000, p. 39. TAMAYO CARMONA, J.A., resalta el hecho de que las normas de transmisión del riesgo en la *CISG* se encuentran dislocadas de la cuestión del traspaso de la propiedad y se establecen en función del tipo de entrega convenida o de la propia modalidad de venta (*Responsabilidad y riesgo contractual: normas de la Convención de Viena, sobre venta internacional de mercaderías e INCOTERMS 2000*, Valencia, 2002, p.114).

comprador) las mercaderías están en poder del vendedor y es él quien debe asumir el riesgo de su pérdida o deterioro<sup>214</sup>.

El hecho de que el vendedor siga respondiendo a pesar de que ha puesto las mercaderías a disposición del comprador (pero el comprador todavía no se ha hecho cargo de ellas), seguramente tiene su fundamento en un deber de custodia que sigue manteniéndose en tanto el comprador no haya incumplido porque no se ha retrasado o no ha rehusado la recepción de las mercaderías. En este caso, el vendedor sigue corriendo con el “riesgo” de pérdida o deterioro de las mercaderías, no tanto porque todavía no ha hecho todo lo que tenía que hacer sino porque conviene que lo asuma él (cfr. art. 339 II CCo). Por eso, la regla que acabamos de exponer no es absoluta, como indica este mismo precepto, si el comprador **no retira las mercaderías en el plazo establecido**, el riesgo se le transmite en el momento en el que las mercaderías se pongan a su **disposición** e incurra en incumplimiento por rehusar su entrega<sup>215</sup>.

[125] Si el comprador tiene que **hacerse cargo de las mercaderías en un lugar distinto** (por ejemplo, en un establecimiento del comprador o en el almacén de un tercero), según el segundo párrafo del artículo 69 *CISG*, “el riesgo se transmitirá cuando deba efectuarse la entrega y el comprador tenga conocimiento de que las mercaderías están a su disposición en dicho lugar”. En este caso se adelanta el momento de transmisión del riesgo al momento de **puesta a disposición** de las

<sup>214</sup> CAFFARENA, J., “Art. 69”, pp. 544-545. A favor de esta solución se ha señalado que coincide con la de algunos Derechos nacionales (Alemania, § 446.1 BGB 1900 y EEUU, UCC (2-509.3)). No así en nuestro Derecho, en el que, como sabemos, según el artículo 1452 CC el criterio de atribución del riesgo es la celebración del contrato y según el art. 333 CCo es el de la puesta a disposición (sobre el riesgo en la compraventa mercantil, ALCOVER GARAU, G., *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil. Derecho español e internacional*, Madrid, 1991, pp. 141 y ss.).

<sup>215</sup> Como señala CAFFARENA, es evidente que si las mercaderías se ponen a disposición de comprador con anterioridad a la fecha establecida, los riesgos continúan a cargo del vendedor mientras el comprador no las acepte, lo que no tiene obligación de hacer hasta que llegue el momento previsto. (“Art. 69”, p. 547).

mercaderías, conocida por el comprador<sup>216</sup>. Como las mercaderías no se encuentran en un establecimiento del vendedor sus posibilidades de control son mucho menores con lo que no hay justificación para que siga atribuyéndosele el riesgo<sup>217</sup>.

[126] Si la compraventa implica **transporte**, el artículo 67 *CISG* establece que cuando el vendedor no esté obligado a entregar las mercaderías en un lugar determinado, “el riesgo se transmitirá al comprador en el momento en que las mercaderías se ponga en **poder del primer porteador** para que las traslade al comprador<sup>218</sup> conforme al contrato de compraventa”<sup>219</sup> y cuando el vendedor esté obligado a poner las mercaderías en poder de un porteador en un lugar determinado, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías se pongan en poder del porteador en ese lugar<sup>220</sup>. En ambos casos, para

<sup>216</sup> Para que se produzca la transmisión del riesgo no basta sólo con la puesta a disposición de las mercaderías en el lugar previsto, sino que es necesario que la obligación de entrega haya vencido y el comprador tenga conocimiento de que las mercaderías están a su disposición. (CAFFARENA, “Art. 69”, p. 549).

<sup>217</sup> CAFFARENA, “Art. 69”, p. 548.

<sup>218</sup> El “poner en poder” significa que las mercaderías sean materialmente entregadas al transportista y que queden bajo la custodia de éste. Si bien, ha de tratarse de un transportista independiente, porque si el transporte es llevado a cabo por el propio vendedor o por sus empleados o dependientes no se produce la transmisión del riesgo. Como señala CAFFARENA, “la *ratio* de la norma excluye que en tal supuesto se pueda considerar que el riesgo se ha transmitido al comprador y que éste soporte durante el transporte el perjuicio de la pérdida o el deterioro fortuitos de las mercaderías, ya que éstas no han salido del ámbito de control del vendedor. (CAFFARENA, “Art. 67”, p. 529 y ALCOVER GARAU, *La transmisión del riesgo en el contrato de compraventa*, p. 224).

<sup>219</sup> Aunque a favor de esta solución se ha apuntado que con la entrega de las mercaderías al transportista éstas salen del ámbito de control del vendedor y puesto que es el comprador el que recibe las mercaderías, es él quien se encuentra en mejor situación para comprobar los daños producidos en las mercaderías durante el transporte, y reclamar por tanto al transportista o al asegurador, CAFFARENA pone de relieve que la regla establecida en el art. 67.1 *CISG* no es óptima, pues hay razones para atribuir durante el transporte los riesgos al vendedor, que es quien, como regla general, elige al transportista y le puede dar las instrucciones pertinentes (“Artículo 67”, p. 528). Además, se considera que la solución de la *CISG* no es la más adecuada en los casos de productos de alta tecnología, tratándose de productos que sólo el vendedor puede reparar, siendo él el que se encuentra en mejor situación para comprobar los daños producidos y su origen (ALCOVER GARAU, *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil*, p. 198).

<sup>220</sup> Esta regla se aplica con independencia de que las mercaderías sean transportadas hasta el lugar por el propio vendedor o por un transportista independiente. CAFFARENA pone como ejemplo el caso en el que un vendedor cuyo establecimiento se encuentra en el interior, se obliga a entregar las mercaderías a un porteador en un puerto determinado. En este caso, el riesgo durante el transporte por tierra es del vendedor. Señala este autor que la solución de la *CISG* lleva a una división del riesgo durante el

que tenga lugar la transmisión del riesgo al comprador es necesario que las mercaderías estén claramente identificadas<sup>221</sup>.

[127] Y por último, en caso de compraventa de mercaderías **en tránsito**, según lo previsto en el artículo 68 *CISG*, se transmitirá el riesgo al comprador **“desde el momento de la celebración del contrato”**<sup>222</sup>.

[128] Esta determinación del momento a partir del cual el comprador corre con los riesgos de pérdida de la mercadería la encontramos, en términos análogos, en el Derecho comparado más moderno como puede ser el nuevo **Código civil holandés** (en adelante BW) o la **Ley de compraventa de mercancías sueca**. Respecto del primero, el artículo 7:10 del BW establece en su apartado primero que el comprador asume los riesgos de la cosa en el momento de la entrega, incluso aunque no se le haya transmitido todavía la propiedad<sup>223</sup> (el art. 7:9 BW establece que por entrega se entiende la puesta en posesión del objeto vendido);

---

transporte que puede ser una fuente de conflictos, ya que obliga, en su caso, a determinar el momento de producción del daño, lo cual no siempre es fácil (“Art. 67”, pp. 533-534).

<sup>221</sup> En cuanto a la forma de la identificación, el artículo 67.2 *CISG* es flexible pues permite que se realice mediante “señales en ellas”, “mediante los documentos de expedición”, “mediante comunicación enviada al comprador”, o “de cualquier otro modo”.

<sup>222</sup> La regla adoptada en el artículo 68 *CISG* ha sido objeto de crítica, principalmente desde el punto de vista de la seguridad jurídica. Según lo apuntado, el riesgo se transmite en el momento de la celebración del contrato, lo cual plantea la cuestión de determinar el momento en el que se ha producido el daño, y si bien en ocasiones, ello puede ser sencillo (cuando el deterioro procede de una tormenta, de un incendio, de un accidente...) en otras ocasiones será difícil. (CAFFARENA, “Art. 68”, pp. 539 y 540).

Además, el propio precepto prevé una excepción importante ya que añade: “No obstante, si así resultare de las circunstancias, el riesgo será asumido por el comprador desde el momento en que las mercaderías se hayan puesto en poder del porteador que haya expedido los documentos acreditativos del transporte. Sin embargo, si en el momento de la celebración del contrato de compraventa el vendedor tuviera o debiera haber tenido conocimiento de que las mercaderías habían sufrido pérdida o deterioro y no lo hubiera revelado al comprador, el riesgo de la pérdida o deterioro será de cuenta del vendedor.”

Recientemente se ha ocupado de este precepto con cierto detenimiento TAMAYO CARMONA (*Responsabilidad y riesgo contractual: normas de la Convención de Viena, sobre venta internacional de mercaderías e Incoterms*, pp. 82 a 90).

<sup>223</sup> Artículo 7:10 BWB: (1) The thing is at the risk of the buyer as of the delivery, even if ownership has not been transferred. As a consequence, the purchase price remains owed irrespective of the loss or deterioration of the thing by a cause which cannot be imputed to the seller.

Y el artículo 11 BWB aplicable a la compraventa de consumo, declara que “If, in a consumer sale, the seller or a carrier designate by him delivers the thing at the buyer’s, the thing is only at the risk of the buyer as of that time, even if it had already been delivered in the sense of article 9”.

además, según lo previsto en el párrafo segundo del propio artículo 7:10 BW, el comprador asume el riesgo desde el momento en el que incurre en mora respecto a la actividad que tiene que realizar para que se pueda producir la entrega.

En la Ley de compraventa sueca (*SFS* 1990:931) los §§ 12 a 16 *SFS* se ocupan de la transmisión del riesgo<sup>224</sup>, y en concreto, el § 13 establece, con carácter general, que la transmisión del riesgo opera en el momento en el que tiene lugar la entrega, de acuerdo con el contrato o los §§ 6 o 7 *SFS*<sup>225</sup>. Pero si la entrega no se realiza en el plazo previsto, por causas imputables al comprador, entonces se le transmite el riesgo a partir del momento en el que el vendedor haya realizado todo lo necesario por su parte para que se efectúe la entrega. Y si resulta que el comprador tiene que recoger la mercancía en un lugar o en el local del vendedor, el riesgo se le transmite al comprador en el momento en el que se debería realizar la entrega y el comprador haya recibido notificación de que las mercancías estaban disponibles para su recogida<sup>226</sup>.

[129] Por tanto, volviendo al Código civil español y a la aplicación del artículo 1124 CC a los supuestos de imposibilidad sobrevenida no imputable, la misma será compatible con el establecimiento de un momento en el que cambie la atribución del “riesgo” de pérdida o deterioro de la cosa. Un momento a partir del cual **aunque se pierda o deteriore la cosa de forma fortuita, no habrá incumplimiento**. Pero,

<sup>224</sup> Según lo previsto en el § 12 *SFS* si el comprador corre con el riesgo, está obligado a pagar por las mercancías a pesar de que estas se hayan destruido, perdido deteriorado o disminuido como consecuencia de un evento no atribuible al vendedor.

<sup>225</sup> § 13 *SFS*: “Risk passes to the buyer when the goods are delivered in accordance with the contract or pursuant to sections 6 or 7 (...)”.

<sup>226</sup> Por último, el § 15 *SFS* regula los casos de mercaderías en tránsito y declara: “Where the sale relates to goods in transit, the risk passes to the buyer upon sale unless it appears from the circumstances that the buyer has undertaken to assume risk from the point in time at which the goods were handed over to the carrier who issued the consigned note. The seller, however, always bears the risk for the destruction, loss,



lo que está claro es que el actual artículo 1452 CC no debe mantenerse como precepto que regula, al margen del incumplimiento, la transmisión del riesgo<sup>227</sup>.

[130] Como hemos apuntado la tendencia actual sitúa el momento de transmisión del riesgo al comprador en el momento en el que **el vendedor ha hecho todo lo necesario para cumplir según la modalidad de entrega pactada**, y aunque en ocasiones ese momento coincide con la entrega, no es necesario que así suceda (por supuesto, el vendedor sigue respondiendo si la causa del deterioro o pérdida de la cosa es anterior a dicha entrega).

De cara a una reforma de nuestro Código civil en materia de compraventa, Morales Moreno propone una nueva redacción del artículo 1452 CC en la que el momento de transmisión del riesgo se sitúa con carácter general en la entrega (según la modalidad pactada). Cuando la entrega se produce a través de la puesta a disposición de la cosa, la transmisión del riesgo requiere que el comprador incurra en retraso en la retirada de la cosa objeto del contrato.

---

deterioration or diminution of the goods at the point of sale, if he knew or should have known of this but has failed to inform the buyer thereof".

<sup>227</sup> Vid. PANTALEÓN, "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", p. 1733, quien afirma que dicho precepto probablemente merece ser modificado hacia un régimen semejante al establecido en los artículos. 66 a 70 CISG; CASTILLA BAREA tras comprobar la falta de aplicación del precepto por la jurisprudencia y por los propios contratantes acaba afirmando que "no puede más que concluirse que el artículo 1452 CC es un elemento distorsionante del sistema de distribución del riesgo contractual que, al no sentirse como justo, está siendo objeto de una derogación de hecho por nuestra sociedad actual" (*La imposibilidad de cumplir los contratos*, p. 413). Y, recientemente, MORALES MORENO propone la supresión del actual artículo 1452 CC ("Adaptación del Código civil al Derecho europeo: la compraventa", p. 5).

**D. RAZONES PARA LA INEXISTENCIA DE UNA RESOLUCIÓN AUTOMÁTICA EN LOS CASOS DE IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA NO IMPUTABLE**

[131] Es frecuente que los autores que reconocen la aplicación del artículo 1124 CC a los supuestos de imposibilidad sobrevenida no imputable, otorgan a ésta un tratamiento autónomo. Se suele estudiar al margen del resto de las manifestaciones del incumplimiento (retraso, cumplimiento defectuoso, cumplimiento parcial, imposibilidad imputable...) <sup>228</sup> e incluso, en ocasiones, se le reconoce ciertas especialidades, entre las que destaca la forma de operar la resolución en estos casos.

Nosotros defendemos que la imposibilidad sobrevenida no imputable no aporta ninguna especialidad al ejercicio del remedio resolutorio del artículo 1124 CC. En concreto, por lo que respecta a su forma de operar, entendemos, en contra de lo que opinan algunos autores, que la resolución **no** tiene lugar de forma **automática**, sino que opera a través del **ejercicio de la acción resolutoria** por parte del acreedor, o mediante una **declaración de voluntad dirigida al deudor** (cosa distinta es que el legislador establezca en determinados casos de imposibilidad sobrevenida una extinción automática de la relación). Esta afirmación es plenamente coherente con la concepción de la resolución por incumplimiento como remedio puesto a disposición del acreedor, pues lo correcto es entender que el legitimado para hacerlo valer es él mismo <sup>229</sup>.

<sup>228</sup> Así por ejemplo en LACRUZ, (*Elementos de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. 1º, núm. 126) se le dedica un epígrafe específico bajo la denominación "Incumplimiento no imputable. Riesgos y resolución"; y el propio DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos*, II, pp. 718 a 720) que lo analiza en un epígrafe específico bajo el título "La resolución por imposibilidad sobrevenida fortuita o no imputable al demandado", intentando justificar de forma especial la resolución en este tipo de incumplimiento.

<sup>229</sup> Cfr. DELGADO en LACRUZ, (*Elementos de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. 1º, núm. 126 *in fine* que defiende que en estos casos cualquiera de los obligados puede instar la resolución; CASTILLA BAREA (*La imposibilidad de cumplir los contratos*) también defiende que en estos casos cualquiera de las dos partes debería estar legitimada para hacer valer la resolución.

Las razones que nos llevan a defender que no cabe una resolución automática por imposibilidad sobrevenida fortuita en el marco del artículo 1124 CC son varias:

### 1. El tenor literal del artículo 1124 CC

[132] El legislador español podría haber optado por establecer un régimen especial para la resolución en caso de imposibilidad sobrevenida no imputable (así sucede por ejemplo en los *PECL*, en concreto, podría haber previsto una resolución automática del contrato; sin embargo, no ha sucedido así, con lo que a falta de una disposición que establezca lo contrario hemos de acudir al artículo 1124 CC que contiene el régimen general de la resolución para determinar cómo opera la resolución en estos casos<sup>230</sup> y comprobar si es posible admitir una resolución automática en el marco de dicho precepto.

Atendiendo al tenor literal del precepto, la respuesta a la cuestión planteada ha de ser necesariamente negativa. La simple lectura del segundo párrafo del precepto nos demuestra que el remedio resolutorio no puede operar automáticamente, al margen de la voluntad del acreedor. La resolución prevista en el artículo 1124 CC se concibe como una facultad que se le atribuye a la parte perjudicada por el incumplimiento, así lo corrobora el tenor del precepto que declara que “el perjudicado podrá escoger” el remedio resolutorio (y ello aunque en principio no disponga de la opción por el cumplimiento). En otras palabras, al

---

<sup>230</sup> Recientemente, CASTILLA BAREA, (*La imposibilidad de cumplir los contratos*, p. 360) también ha defendido que en los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable de una de las prestaciones no tiene lugar la extinción automática de la relación obligatoria sinalagmática, porque el art. 1156 que contiene el elenco de causas que provocan la extinción de las obligaciones no menciona que la extinción de una de las obligaciones provoque la extinción de la recíproca. Pero aunque esta autora defiende la aplicación del art. 1124 CC en los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable, lo hace mediante una construcción que distingue “incumplimiento” por un lado e “imposibilidad sobrevenida” por otro, como figuras jurídicas autónomas.

acreedor perjudicado por el incumplimiento no se le impone este remedio, únicamente se le ofrece, con lo que difícilmente puede defenderse la existencia de una resolución automática que opere incluso en contra de su voluntad<sup>231</sup>.

Desde temprano la doctrina se vio en la necesidad de aclarar este hecho. Uno de los primeros autores que se ocuparon de ello fue Albaladejo, que afirmó —aun reconociendo que ello iba en contra de una extendida opinión— que cuando una de las obligaciones se extingue por imposibilidad, no se produce la extinción automática de la otra obligación, sino que lo que sucede es, simplemente, lo contemplado en el artículo 1124 CC: contra el que no cumple, el que cumplió o está dispuesto a cumplir, puede pedir la resolución<sup>232</sup> y con ella se libera de realizar su propia prestación. Como afirma este autor: “(n)o se puede decir (pues por ningún sitio lo establece la ley) que la extinción de una por imposibilidad sobrevenida sin responsabilidad del deudor, dé lugar a la extinción de la otra, sino que, no por tal extinción, mas sí en cuanto que el deudor de la extinguida no cumple (porque no puede cumplir) le cabe a la otra pedir la resolución usando del artículo 1124, y liberarse así de su obligación”. A favor de esta tesis según la cual no hay extinción de una por la extinción de la otra obligación, sino posibilidad de resolver una si “por la razón que sea” no se cumple la otra, declara que es la que encaja perfectamente en nuestra ley, en el artículo 1124 CC<sup>233</sup>. Alonso

<sup>231</sup> En contra DELGADO, que defiende que en estos casos la resolución “permite disolver el cruce de prestaciones a instancia de cualquiera de los obligados”, (en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1º, núm. 126).

<sup>232</sup> ALBALADEJO, (*Curso de Derecho civil español*, II, *Derecho de obligaciones*, pp. 57 y 58) aunque afirma que “en el caso presente no le cabe, o mejor dicho, le es inútil pedir el cumplimiento, que, por definición, es imposible, y tampoco puede pedir daños, ya que del incumplimiento no es responsable el deudor.”

<sup>233</sup> ALBALADEJO, *Curso de Derecho civil español*, II, *Derecho de obligaciones*, p. 58. Recoge sus palabras, PUIG BRUTAU, F., (*Fundamentos de Derecho civil*, I, vol. 2º, *Derecho general de las obligaciones*, Barcelona, 1988, p. 362).

Pérez comparte plenamente la solución defendida por este autor<sup>234</sup> y Delgado la califica de “solución más cercana a los textos”.

[133] Sin embargo, lo que acabamos de apuntar no deja de ser el tenor literal de un artículo pensado originariamente para una resolución fundada en un incumplimiento imputable. Esto hace que debamos buscar otros argumentos teleológicos que nos ayuden a justificar la solución que proponemos.

## 2. Coordinación de la resolución con el resto de los remedios

[134] Se ha defendido que «la única salida que le queda al acreedor en caso de imposibilidad sobrevenida no imputable es la resolución del contrato»<sup>235</sup> y que por tanto es una solución razonable para estos supuestos el reconocimiento de una resolución automática o de pleno derecho.

Sin embargo, este razonamiento ha sido rechazado por un sector importante de la doctrina que considera que la resolución no es el único remedio del que dispone el acreedor en estos casos. Por el contrario, se defiende que es posible que al acreedor le interese valerse de otro remedio con lo que no se justificaría la determinación de una resolución automática. Esta circunstancia se esgrime como razón principal para negar la existencia de una resolución automática en los casos de imposibilidad sobrevenida fortuita.

---

<sup>234</sup> ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, p. 124 y p. 131. ROCA JUAN admite que la imposibilidad sobrevenida de una de las prestaciones no imputable al deudor no es causa “automática” de extinción de la obligación recíproca sino que lo que sucede es que la extinción de la obligación afectada por la imposibilidad constituye el presupuesto para el ejercicio de la facultad resolutoria en virtud del artículo 1124 CC (“Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida (Notas al artículo 1186 del Código civil)”, pp. 538 y 539).

<sup>235</sup> Así por ejemplo, DELGADO defiende que aunque en los casos de imposibilidad de la prestación no se fuerza al acreedor a elegir la resolución como única salida, “(l)o será cuando no sea imputable al deudor (y no deba sufrir el riesgo el acreedor)” (en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1, núm. 127 d).

El hecho de que la anterior afirmación sea correcta nos da una razón muy valiosa en defensa de nuestra tesis que descarta la existencia de una resolución automática. Por ello vamos a demostrar que en caso de imposibilidad sobrevenida no imputable puede resultar oportuno mantener algún remedio distinto de la resolución. Para ello, vamos a analizar por separado cada uno de los remedios.

***a. Resolución por incumplimiento y pretensión de cumplimiento***

[135] En principio, parece correcto afirmar que en caso de imposibilidad sobrevenida no imputable, al extinguirse la pretensión de cumplimiento (*ex art. 1182 y 1184 CC*), no se le presenta al acreedor la opción prevista en el segundo párrafo del artículo 1124 CC entre exigir el cumplimiento o la resolución del contrato<sup>236</sup>. Este hecho podría esgrimirse a favor del reconocimiento de una resolución automática; al no existir una acción para exigir el cumplimiento en estos casos el único remedio aplicable sería la resolución por incumplimiento.

No obstante, a la vista de las opiniones doctrinales creemos que procede cuestionarse si en caso de imposibilidad sobrevenida no imputable queda algún contenido posible para la pretensión de cumplimiento. Aunque a primera vista parece que no, es importante entrar en ello, particularmente, por la estructura que algunos autores atribuyen a la pretensión de cumplimiento.

---

<sup>236</sup> El hecho de que en el artículo 1124 CC aparezca a favor del acreedor la opción entre la resolución y el cumplimiento nos indica que se trata de remedios que pueden concurrir pero que son incompatibles (por eso el acreedor ha de elegir entre los dos. Además, aunque de forma reiterada se cita este precepto como fundamento de la pretensión de cumplimiento, y se afirma que ambos remedios se encuentran situados en el mismo plano; lo cierto es que el artículo 1124 CC regula el remedio resolutorio, mientras que la regulación sobre la pretensión de cumplimiento hay que ir a buscarla a las normas propias del contrato en cuestión, y con carácter general a los artículos 1096, 1098, 1099 y 1182 a 1185 CC que contienen los presupuestos y causas de extinción de la misma.

[136] En nuestro Derecho, la doctrina no está toda de acuerdo en la configuración de la pretensión de cumplimiento. En concreto, podemos hablar de dos grandes concepciones de la pretensión de cumplimiento.

[137] Para un sector doctrinal la pretensión de cumplimiento incluye tanto el cumplimiento *in natura* como, cuando éste no sea posible, el cumplimiento en equivalente. Para este sector doctrinal, el acreedor dispone de la pretensión de cumplimiento a no ser que exista imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor. Cuando la imposibilidad sobrevenida de la prestación es imputable al deudor, el acreedor no dispone de la pretensión de cumplimiento específico puesto que éste ha devenido imposible, sin embargo, puede exigir la entrega del equivalente pecuniario de la prestación devenida imposible. La obligación del deudor de entregar el equivalente pecuniario no es una obligación nueva que acaba de surgir, es la primitiva transformada. Cuando se produce la imposibilidad, el deudor no queda liberado por la imposibilidad de cumplir *in natura* sino que el objeto de su obligación se transforma: en lugar de realizar la prestación prevista debe entregar su equivalente pecuniario. Además, a la pretensión de cumplimiento en equivalente se le puede acumular la indemnización de daños y perjuicios<sup>237</sup>. Por el contrario,

<sup>237</sup> A favor de esta solución: DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, (*La mora y la responsabilidad contractual*, pp. 388 y 389 y nota al pie núm. 51 y pp. 436 a 442 que cita en el mismo sentido a PASCUAL ESTEVILL, L., *La responsabilidad contractual*, II, vol. 1º, parte especial, Barcelona, 1989, p. 192); más recientemente, LLAMAS POMBO, E., (*Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la aestimatio rei y el id quod interest*, Madrid, 1999, especialmente pp. 56 a 109 y pp. 255 a 269); RAGEL SÁNCHEZ, L.F., (*Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho civil: obligaciones y contratos*, Madrid, 2000, pp. 536 a 542); y en los últimos años, LAMARCA MARQUÈS, (*El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, p. 147) y CASTILLA BAREA, (*La imposibilidad de cumplir los contratos*, pp. 269 a 279). Esta última insiste en la necesidad de reconocer la autonomía del cumplimiento en equivalente pecuniario respecto de la indemnización de daños y perjuicios alegando, entre otras razones, que cada uno de los remedios tiene un fundamento distinto. Mientras que el fundamento de la pretensión al equivalente pecuniario tiene su razón de ser en el hecho de que la obligación, pese a la pérdida de su inicial objeto no se ha extinguido, sino que se ha perpetuado, sustituyéndose en ella la prestación inicial por el equivalente pecuniario ("habiéndose producido una suerte de subrogación real entre la prestación devenida imposible y su equivalente en dinero", p. 276), la pretensión de indemnización de daños y perjuicios se basa no en que la obligación permanezca viva, sino

cuando la imposibilidad sobrevenida no es imputable al deudor, se produce la extinción legal del deber de prestación del deudor (ex arts. 1182 y 1184 CC) y el acreedor que no dispone de la pretensión de cumplimiento tampoco puede exigir el cumplimiento en equivalente.

[138] Para otro sector doctrinal, al que nosotros nos adherimos, no hay más pretensión de cumplimiento que la pretensión de cumplimiento en forma específica o *in natura*. Ello significa que cuando la prestación deviene imposible —con independencia de que la imposibilidad sea imputable al deudor—, desaparece la pretensión de cumplimiento<sup>238</sup>. Por tanto, en los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable, al igual que en los casos de imposibilidad sobrevenida imputable, el acreedor no dispone de la pretensión de cumplimiento.

Aunque es cierto que los artículos 1182 y 1184 CC únicamente declaran la extinción legal de la obligación cuando la imposibilidad no sea imputable al deudor, defendemos que en todo caso de imposibilidad desaparece la pretensión de cumplimiento<sup>239</sup>; dicha pretensión sólo subsiste en la medida en que la prestación todavía siga siendo posible, con

---

que se trata de una nueva obligación que se añade a la incumplida y su fundamento estriba en la imputabilidad de la conducta al deudor y en la existencia de unos daños que hay que resarcir (pp. 277-278).

<sup>238</sup> PANTALEÓN se muestra claramente partidario de esta construcción ("Resolución por incumplimiento e indemnización", *A.D.C.*, 1989, fascículo II, abril-junio, pp. 1143 a 1168, p. 1168, "El sistema de responsabilidad contractual", *A.D.C.*, 1991, p. 1043 y ss.). También a favor de esta solución DELGADO, (en LACRUZ, *Elementos de derecho civil*, II, vol. 1º, núm. 119), BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., (*El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956, p. 306, CAPILLA RONCERO, F., (*La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Jerez, 1989, pp. 52 y ss.; BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, (*El incumplimiento de las obligaciones*, p. 46), VERDERA SERVET, R., (*El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Bolonia, 1995, pp. 210 y ss. Así mismo, CASTRO se refería a la ejecución *in natura* (*Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, XVII, p. 98). Por su parte, DÍEZ-PICAZO, (*Fundamentos*, II, pp. 680-681) afirma que si bien la solución que acabamos de apuntar es la elegida en el Proyecto de 1851 (GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, p. 616), el CC ha dejado abierta la cuestión, pero una vez que se admita la objetivación de la responsabilidad no hay razones de fondo para no defender que en los casos en los que sobreviene una imposibilidad definitiva de cumplimiento (y no concurren causas de exoneración), la obligación primitiva se transforma en la indemnización de daños y perjuicios (p. 682).

<sup>239</sup> No estaría de más un precepto como el nuevo § 275 BGB que prevé la desaparición de la pretensión de cumplimiento cuando la prestación ha devenido imposible, con independencia de que dicha imposibilidad sea imputable al deudor.



independencia de la imputabilidad del incumplimiento al deudor<sup>240</sup>. Una vez que se produce la imposibilidad (imputable o no imputable al deudor) desaparece la pretensión de cumplimiento<sup>241</sup> por la sencilla razón de que carece de sentido otorgarle al acreedor una pretensión que el deudor no puede cumplir ni se le puede imponer en el proceso de ejecución forzosa<sup>242</sup>. Cosa distinta es que en los casos de imposibilidad sobrevenida imputable al deudor, aunque haya desaparecido la pretensión de cumplimiento, surja la obligación del deudor de resarcir los daños y perjuicios ocasionados<sup>243</sup>, pero, esto nada tiene que ver con el remedio del cumplimiento, sino que se corresponde con el remedio indemnizatorio que tiene sus propios presupuestos y fundamentos<sup>244</sup>.

<sup>240</sup> A favor de que no forma parte del supuesto de hecho del remedio del cumplimiento al imputabilidad del incumplimiento al deudor, PANTALEÓN, ("El sistema de responsabilidad contractual", p. 1046, y "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", p. 1729; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 574. En contra BADOSA COLL, F., *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987, pp. 263 a 265).

<sup>241</sup> Junto a la imposibilidad física o jurídica debe colocarse como límite a la pretensión de cumplimiento la existencia de una pretensión de carácter personalísimo. Como acertadamente señala PANTALEÓN ("El sistema de responsabilidad contractual", p. 1046 y en "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", pp. 1730 y 1731), aunque este remedio es independiente de la imputabilidad del incumplimiento al deudor y la causación de daño al acreedor, ello no impide que el deudor pueda oponerse, en su caso, a la pretensión de cumplimiento del acreedor, cuando no le sea exigible el cumplimiento en las condiciones pactadas por concurrir los requisitos de la "excesiva onerosidad de la prestación" (art. 7º.1 CC) o cuando el ejercicio de la pretensión de cumplimiento deba considerarse abusivo (art. 7º.2 CC) porque el coste de cumplimiento resulte absolutamente desproporcionado con la utilidad que éste aportaría al acreedor, en comparación con otros remedios posibles.

<sup>242</sup> No nos referimos a los casos en los que el acreedor haya ejercitado una acción de cumplimiento en virtud de los artículos 1096 y ss. del CC y dicha acción haya sido estimada dando lugar a una sentencia de condena (lo que presupone la existencia y posibilidad de la prestación en el momento de pronunciarse la sentencia). En tales casos, si la ejecución *in natura* de la sentencia de condena no pecuniaria no resulta posible, la ley procesal establece que se transforme en una indemnización pecuniaria (arts. 919 a 950, en concreto, arts. 923 a 926 de la LEC de 1881 y los arts. 701 a 711 de la LEC de 2000). Nosotros contemplamos los casos en los que ante la acción de cumplimiento del acreedor, ha quedado demostrada la imposibilidad de la prestación, porque en estos casos la sentencia declarará la liberación del deudor si la imposibilidad era fortuita, o le condenará a la indemnización de daños y perjuicios si procede, pero no entrarán en juego las normas procesales sobre ejecución de sentencia de condena no pecuniaria que acabamos de citar y que prevén la conversión de cumplimiento *in natura* en una indemnización cuando el primero no sea posible.

<sup>243</sup> Siguiendo a PANTALEÓN ("El sistema de responsabilidad contractual", p. 1050), en estos casos, "la otra parte podrá optar por resolver el contrato o no, siendo menor o mayor la cuantía de la indemnización que podrá exigir en un caso u otro en concepto de responsabilidad contractual."

<sup>244</sup> En este punto compartimos plenamente las palabras de PANTALEÓN, cuando afirma que en los casos de imposibilidad imputable "la indemnización a pagar por el deudor responsable, cuando no es, ni en todo (*id quod interest*) ni en parte (*æstimatio rei*), un subrogado de la prestación devenida imposible; el pago de aquella al acreedor no es un «cumplimiento en equivalente» de la obligación originaria –a la que la lógica (y el art. 1156.III CC?) exige considerar extinguida– sino cumplimiento, sin más, de la obligación de resarcir

[139] En definitiva, aunque la doctrina no está toda de acuerdo en el tratamiento de la imposibilidad sobrevenida —observándose en ella diferencias según sea imputable o no imputable y según se admita o no la sustitución de la prestación *in natura* por la del equivalente—, podemos afirmar que existe acuerdo en que la imposibilidad sobrevenida no imputable excluye la pretensión de cumplimiento en cualquiera de sus manifestaciones. Si bien, las razones que se esgrimen para llegar a esta solución son distintas.

En la primera concepción de la pretensión de cumplimiento, el acreedor no dispone de este remedio porque cuando la prestación del deudor deviene imposible por causa que no le es imputable, se produce la extinción legal del deber de prestación del deudor, con lo que el acreedor no puede exigir el cumplimiento en equivalente (que sólo opera cuando la imposibilidad es imputable); y en la segunda, simplemente porque el cumplimiento ha devenido imposible y ello con independencia de que la imposibilidad sea imputable al deudor.

[140] Por tanto, hasta el momento parece que en caso de imposibilidad sobrevenida no imputable, al no plantearse al acreedor la opción entre exigir el cumplimiento o la resolución del contrato, no habría inconveniente en admitir una resolución automática.

---

(en su caso *in natura*) los daños causados al acreedor, nacida *ex novo* del supuesto de hecho de la responsabilidad contractual ("El sistema de responsabilidad contractual", *A.D.C.*, 1991, pp. 1020 a 1021). Este autor (pp. 1052 a 1055) se opone a una construcción articulada de la responsabilidad contractual que desmembraría por un lado la pretensión para exigir la *æstimatio rei* como subrogado de la prestación originaria devenida imposible, y por otro lado la pretensión para exigir la indemnización de los demás daños (tal y como parecen defender, DELGADO en LACRUZ, *Elementos de derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. 1º, núm. 119 y CAPILLA RONCERO, *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, p. 52).

## b. Resolución por incumplimiento e indemnización de daños y perjuicios

[141] El remedio de la indemnización de daños y perjuicios tampoco nos ofrece un argumento en contra de la previsión de una resolución automática en los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable. La razón es evidente, en el caso de imposibilidad sobrevenida no imputable, no se plantea la cuestión puesto que el acreedor no dispone del remedio indemnizatorio. Dicho remedio requiere para su existencia que el incumplimiento, además de haber producido un daño al acreedor<sup>245</sup>, sea imputable al deudor<sup>246</sup>. Por tanto, en los casos de imposibilidad

<sup>245</sup> En palabras de PANTALEÓN, es necesario que el acreedor haya sufrido un daño (art. 1106 CC) objetivamente imputable a la falta de cumplimiento (art. 1107 CC), ("El sistema de responsabilidad contractual", p. 1043).

<sup>246</sup> PANTALEÓN, ("El sistema de responsabilidad contractual", p. 1043), DÍEZ-PICAZO, (*Fundamentos*, II, p. 574) insiste en que la cuestión de la imputabilidad del incumplimiento se plantea sólo a la hora de determinar si el deudor tiene que resarcir los daños y perjuicios que se le han ocasionado al acreedor pero que no es relevante para poner en juego la reclamación del cumplimiento ni la resolución. En el mismo sentido, FERNÁNDEZ URZAINQUI, "El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales", *Aranzadi Civil*, 1997, pp. 51 a 85, p. 78.

No nos corresponde determinar cuáles son los criterios legales de imputación del incumplimiento al deudor —que son supletorios respecto de los expresamente pactados por las partes o deducibles del contenido del propio contrato— (PANTALEÓN, "Incumplimiento", p. 3508), pero lo cierto es que, desde hace unos años, existe una discusión doctrinal al respecto. Se ha puesto de manifiesto la necesidad de superar los planteamientos que, de acuerdo con una amplia tradición y con el tenor de los preceptos del Código civil, basan la imputación del incumplimiento en la existencia de "culpa" —ex art. 1104 CC— (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, pp. 575 y 576; PUIG BRUTAU, F., *Fundamentos de Derecho civil*, I, *Derecho de las obligaciones*, 4ª ed. revisada, Barcelona, 1988, pp. 410-411 y vuelve sobre la cuestión en pp. 425 y ss.). De acuerdo con la construcción tradicional (*vid.* por todos CASTÁN, J., *Derecho civil español*, III, *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, 15ª ed., p. 209), la culpa es el único criterio de imputación del incumplimiento, de tal forma que el deudor no tendrá que responder cuando exista caso fortuito, entendido como no-culpa. Según esta interpretación, la regla general es que, conforme a lo previsto en el artículo 1105 CC, el deudor queda liberado de responsabilidad cuando la circunstancia que ha provocado la falta de cumplimiento era imprevisible e inevitable empleando la diligencia exigible en el caso concreto (a no ser que el deudor estuviese en mora o se hubiese comprometido a entregar la misma cosa a dos o más personas). Frente a esta construcción tradicional, se ha propuesto una nueva interpretación de los textos legales que permita "objetivar" el remedio indemnizatorio de tal forma que cubra las necesidades que hoy en día está llamado a cubrir, teniendo en cuenta que las transformaciones sociales, económicas y tecnológicas que se han producido así lo requieren. En este punto son encomiables los trabajos al respecto llevados a cabo por PANTALEÓN L., ("El sistema de responsabilidad contractual", pp. 1019 a 1091; "Responsabilidad contractual. D.º Civil", *E.J.B.*, Madrid, pp. 5922 a 5926), y DÍEZ-PICAZO, (*Fundamentos*, II, pp. 573 y ss). Estos autores toman como punto de partida el hecho de que el remedio indemnizatorio cumple una función resarcitoria donde el carácter reprochable del incumplimiento no juega un papel esencial (PANTALEÓN, p. 1056), resaltan la necesidad de no fundar la responsabilidad en la culpa o en el dolo y la adecuación de concebir un remedio indemnizatorio en cierta medida objetivado, de tal forma que con independencia de que el

sobrevenida no imputable, faltando el requisito de la imputabilidad no se plantean dudas sobre la improcedencia<sup>247</sup> de este remedio y la nula incidencia que pueda tener en el establecimiento de una resolución automática.

---

acreedor pueda fundar la pretensión del resarcimiento de daños en la negligencia (arts. 1103 y 1104 CC), o el dolo (art. 1102 CC), la responsabilidad del deudor subsista en la medida en que no haya una causa de exoneración (que tradicionalmente se equipara al caso fortuito (art. 1105 CC). Además, frente a la interpretación que viene equiparando el caso fortuito a la ausencia de culpa, estos autores defienden que es posible una interpretación distinta. Así cuando el artículo 1105 CC en su tenor literal se refiere a "sucesos", permite entender que lo relevante para determinar la existencia de caso fortuito, es el hecho de que el daño provenga de eventos que queden fuera del ámbito o esfera de control del deudor (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 590; PANTALEÓN, F., p. 1065), a lo que hay que añadir el resto de los requisitos exigidos por el Código civil para que haya caso fortuito: que los sucesos no hubieran podido preverse al momento de contratar (PANTALEÓN, "El sistema de responsabilidad contractual", pp. 1064-1065 y 1068) o previstos posteriormente fueran inevitables. En este sentido PANTALEÓN, llega a la conclusión de que "el deudor responderá, sin necesidad de culpa-negligencia por su parte, no sólo de los hechos propios o de sus dependientes y auxiliares en el cumplimiento, sino también, como regla, del estado de los elementos materiales (máquinas, utensilios, medios de transporte) utilizados en su actividad empresarial o profesional y, en definitiva, de la correcta organización y buen funcionamiento de la misma" ("El sistema de responsabilidad contractual", p. 1069). En 1993 ("Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", p. 1740) propone de *lege ferenda* "Suprimir aquellas referencias a la culpa que, como la del artículo 1182 CC, puedan crear la impresión de que sólo responde contractualmente el deudor (doloso o) negligente. Y sustituir la redacción del artículo 1105 CC por la del apartado 1 del artículo 79 CISG (o del art. 7.1.7 UNIDROIT Principles, o del art. 8:108 PECL), al efecto de dejar perfectamente claro que también son criterios ordinarios de imputación de responsabilidad los que podríamos llamar criterios de la «esfera de control del deudor» -del que son concreción por ejemplo, los arts. 76 y 77 Libro 6 BWB- y del «riesgo (externo a aquella esfera) implícitamente asumido al contratar»

JORDANO (*La responsabilidad contractual*) también ha llevado a cabo un intento de objetivación de la responsabilidad contractual. Este autor defiende que el supuesto de hecho de la responsabilidad contractual lo constituyen: 1) la falta de cumplimiento de una obligación cuyo cumplimiento todavía resulta posible (y ello con independencia de que haya culpa en el deudor); y 2) la imposibilidad sobrevenida imputable al deudor. La conclusión que se extrae es que la responsabilidad del deudor sólo desaparece en los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor (así lo extrae de la conexión entre los arts. 1182 y 1184 CC con el art. 1105 CC; identificando el hecho extintivo de la obligación originaria con el hecho liberatorio de la obligación de indemnizar). Pero, como con buen criterio señala PANTALEÓN ("El sistema de responsabilidad contractual", p. 1044), no hay base para sostener que los artículos 1182 y 1184 CC agotan los supuestos en que el deudor no responde del daño causado por su incumplimiento; sino que como este mismo autor afirma: dichos preceptos "se limitan a indicar, *contrario sensu*, los casos en los que el deudor (no queda liberado porque) ha de responder del daño provocado por la imposibilidad sobrevenida de la prestación". Y por lo que respecta al artículo 1105 CC, de él se deduce que en nuestro Derecho, el deudor no responderá del daño por incumplimiento que no le sea imputable, aunque en el momento del incumplimiento, la prestación siga siendo posible. Y una crítica similar realiza LAMARCA MARQUÈS, (*El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, p. 148), que defiende que en Derecho español el deudor responde de su incumplimiento cuando, de acuerdo con el criterio de imputación fijado, no haya cumplido con su obligación, y ello al margen del caso concreto de los artículos 1182 CC y ss, porque en nuestro Ordenamiento, la imposibilidad de la prestación no constituye ni el fundamento ni el límite de la responsabilidad del deudor.

<sup>247</sup> Por todos, DELGADO, núm. 128; PANTALEÓN, "El sistema de responsabilidad contractual", p. 1048; "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", p. 1745; CLEMENTE MEORO, cita jurisprudencia en tal sentido, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, núm. 294.

**c. Resolución por incumplimiento y pretensión al *commodum repræsentationis***

[142] Para terminar con el elenco de remedios de los que dispone el acreedor en caso de incumplimiento, nos queda por analizar el remedio que hemos denominado «pretensión al *commodum repræsentationis*» y su posible concurrencia con la resolución por incumplimiento en los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable. Ambos remedios son incompatibles, de tal forma que si se considera que resulta aplicable en los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable, la previsión de una resolución automática tendría incidencia de cara al ejercicio de este otro remedio. Desde ahora anticipamos que su aplicación en determinados casos de imposibilidad sobrevenida no imputable ha sido esgrimida como razón principal para negar la existencia de una resolución automática. Por este motivo vamos a detenernos en la delimitación de su supuesto de hecho, en la demostración de su incompatibilidad con el remedio resolutorio y en la determinación de su forma de operar.

**i. Ámbito de aplicación del *commodum repræsentationis***

[143] Lo que la doctrina denomina *commodum repræsentationis* aparece previsto en el artículo 1186 CC en los siguientes términos: “Extinguida la obligación por la pérdida de la cosa, corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviera contra terceros por razón de ésta”.

Ante la falta de jurisprudencia sobre este precepto, hemos de acudir principalmente a la interpretación que del mismo hace la doctrina<sup>248</sup>.

---

<sup>248</sup> La ausencia de pronunciamientos jurisprudenciales ha sido resaltada por CASTILLA BAREA (*La imposibilidad de cumplir los contratos*) que sostiene que “esta escasísima litigiosidad del artículo 1186 CC puede haber sido determinada, precisamente, por la oscuridad de la disposición, que favorece en gran medida la inseguridad acerca de la eventual respuesta del juzgador ante pretensiones basadas en él.” (p.

Entendemos, siguiendo a la doctrina mayoritaria, que dicho precepto resulta aplicable a las **obligaciones de dar cosa determinada**<sup>249</sup> que cumplen una **función traslativa del dominio** o de otros derechos reales<sup>250</sup>.

Aunque la opinión dominante —de acuerdo con la tradición— sostiene que sólo existe pretensión al *commodum repræsentationis* cuando la cosa objeto de la obligación se pierde por **causa no imputable al deudor** porque considera que el artículo 1186 CC parte del supuesto de que la obligación se ha extinguido y ello sólo ocurre cuando la imposibilidad se debe a caso fortuito (arg. ex artículo 1182 CC); en caso

---

315). Según esta autora, otro factor que explicaría la escasa aplicación del precepto, es el hecho de que alguno de los casos que tradicionalmente se han venido situando en el ámbito de aplicación del precepto (expropiación forzosa, seguros y responsabilidad aquiliana de un tercero) proporcionan a menudo cauces jurídicos menos inciertos que el derivado del artículo 1186 CC (p. 316).

<sup>249</sup> En este sentido, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 658; ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, p. 67; CRISTÓBAL MONTES, A., “El «commodum repræsentationis» del artículo 1186 del Código civil”, *A.D.C.*, 1987, fascículo II, abril-junio, pp. 601 a 613; DELGADO en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1º, núm. 120, ROCA JUAN, pp. 525 y ss; PANTALEÓN, “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, p. 1737.

Existe un sector doctrinal que ha abogado por una aplicación extensiva del artículo 1186 CC. Así GONZÁLEZ PORRAS, J.M., (“Artículo 1182 CC”, “Artículo 1184 CC”, “Artículo 1186 CC” en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, XVI, vol. 1º, “Artículos 1156 a 1213 del CC”, 2ª ed., Madrid, 1991, p. 368) y CRISTÓBAL MONTES, (*A.D.C.*, 1987, pp. 606-607) defienden la aplicación del mismo a las **obligaciones de hacer**; BADOSA COLL, CLEMENTE MEORO y CASTILLA BAREA también son partidarios de una aplicación extensiva de este precepto pero, en cierta medida, más limitada. BADOSA COLL (“Artículo 1186”, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, II, 2ª ed., Madrid, 1993, p. 264) admite la aplicación analógica del artículo 1186 CC a las obligaciones de hacer personalísimas, pero sólo en la medida en que la “actuación del tercero se hubiera centrado precisamente en su actividad de cumplimiento y además hubiera generado una obligación de indemnización al deudor”. CLEMENTE MEORO, (*El acreedor de dominio*, § 12, núm. 60) considera que existe identidad de razón entre la pérdida de la cosa debida y la imposibilidad de la obligación de hacer personalísima por lo que considera aplicable a éstas últimas, el artículo 1186 CC. Por último, CASTILLA BAREA (*La imposibilidad de cumplir los contratos*, pp. 327 a 328) ha sostenido que la aplicación del artículo 1186 CC no ha de restringirse a las obligaciones de dar, sino que ha de extenderse a las obligaciones de hacer, puesto que la atribución del *commodum* al acreedor tiene su fundamento en que las indemnizaciones en que éste consiste vienen a sustituir al crédito lesionado. Por esta razón, la autora afirma que dicho precepto no resultará aplicable cuando la imposibilidad de la obligación tenga lugar porque el impedimento afecte directamente a la persona del deudor, considera discutible que en estos casos pueda hablarse de “elemento representativo”: muy por encima del interés del acreedor en la indemnidad de su derecho de crédito se sitúa el derecho del deudor a su integridad física.

<sup>250</sup> Y ello es así porque cuando la obligación de dar va dirigida a la **devolución o restitución de la cosa** y el que la reclama lo hace en calidad de propietario o titular de otro derecho real, las acciones derivadas de la pérdida de la cosa le corresponden a este último por derecho propio y no por aplicación del artículo 1186 CC (ROCA JUAN, “Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida”, p. 534; DELGADO en Lacruz, *Elementos*, II, vol. 1º, núm. 120; GONZÁLEZ PORRAS, pp. 309-310; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 658; BADOSA COLL, “Artículo 1186”, p. 263; CLEMENTE MEORO *El acreedor de dominio*, § 12, núm. 60, p. 147). Esta circunstancia ha llevado a defender la aplicación del artículo 1186 CC cuando el que reclame la devolución de la cosa no sea el propietario o titular del derecho real sobre la misma (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, pp. 658-659).

de imposibilidad imputable al deudor, la obligación no se extingue sino que se perpetúa<sup>251</sup>. Quizás sea el momento de replantearse esta posición. En este sentido, creemos que no le falta razón a Pantaleón<sup>252</sup> cuando defiende que para la aplicación del artículo 1186 CC **debería ser indiferente si la imposibilidad es o no imputable al deudor** (lo relevante debe ser que se haya producido la extinción de la pretensión de cumplimiento, que, como hemos defendido, depende de la imposibilidad de la prestación, no de que la misma sea imputable al deudor<sup>253</sup>). Sea como fuere, **en los casos de pérdida de la cosa por causa no imputable al deudor, que son los que nos ocupan, dicho remedio resulta aplicable.**

---

En diverso sentido, *vid.* CRISTÓBAL MONTES quién no ve razones para esta limitación y considera que el artículo 1186 es aplicable tanto a las obligaciones traslativas como a las restitutorias (“El «*commodum representationis*» del artículo 1186 del Código civil”, *A.D.C.*, 1987, p. 605); y CASTILLA BAREA, quién sostiene que en la letra del artículo 1186 CC caben las restitutorias porque las acciones que se derivan de la pérdida de la cosa no tienen necesariamente que surgir a favor de su propietario, sino que hay relaciones jurídicas como el arrendamiento y el usufructo que bien pueden justificar el nacimiento de acciones para los titulares de los derechos que de ellos dimanen (*La imposibilidad de cumplir los contratos*, p. 333).

<sup>251</sup> Así lo defendía GARCÍA GOYENA respecto del art. 1163 del Proyecto de 1851, *Concordancias*, p. 618; y en la doctrina actual, la mayoría de los autores defienden que el artículo 1186 no puede resultar aplicable a incumplimientos dolosos o culpables (en estos términos se expresa CARRASCO, A., “Restitución de provechos (y II)”, *A.D.C.*, XLI, fascículo I, enero-marzo, 1988, pp. 5 a 151, pp. 143-144; con argumentos idénticos, ROCA JUAN, “Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida”, p. 540; CASTILLA BAREA, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, p. 318, nota al pie núm. 825). CLEMENTE MEORO en *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, cuando contempla la posibilidad de recurrir al remedio previsto en el artículo 1186 CC sólo se lo plantea en los casos de imposibilidad imputable al deudor, (núm. 222).

<sup>252</sup> PANTALEÓN, “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *A.D.C.*, 1993, p. 1737; y con anterioridad en “El sistema de responsabilidad contractual”, *A.D.C.*, 1991, pp. 1021 *in fine* y 1022.

<sup>253</sup> En este sentido, PANTALEÓN aboga por una nueva redacción del precepto que deje claro que el *commodum* por razón de la cosa puede entrar en juego “para cualquier tipo de incumplimiento” (“Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, pp. 1736-1737). *Vid.* en contra CASTILLA BAREA, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, pp. 318-319.

El BGB, tras la reforma de 2001, se ha decantado por esta solución en sus §§ 275, 280 y 326 BGB.

ii. Concurrencia de la resolución por incumplimiento y de la pretensión al *commodum repræsentationis*

[144] La doctrina coincide en afirmar la **incompatibilidad de ambos remedios**<sup>254</sup>. Nadie defiende la posibilidad de acumularlos, puesto que los fines que ambos persiguen son contrapuestos. Mientras que el remedio resolutorio parte de la extinción de la relación obligatoria y de la restitución de las prestaciones, la pretensión al *commodum* parte del mantenimiento de la relación obligatoria. La finalidad que este último remedio persigue, conforme admite buena parte de la doctrina, consiste en **evitar el enriquecimiento injusto del deudor a costa del acreedor**<sup>255</sup>;

<sup>254</sup> Así lo reconocen incluso aquellos autores que niegan la aplicación del artículo 1186 CC en el ámbito de las obligaciones sinalagmáticas; el argumento esgrimido para ello es que en caso de obligaciones sinalagmáticas la situación se resuelve con la aplicación del artículo 1124 CC, quedando el artículo 1186 CC reservado al ámbito de las obligaciones unilaterales.

<sup>255</sup> En concreto, el artículo 1186 CC trata de evitar el enriquecimiento injusto que experimentaría el deudor que, además de ver extinguida su obligación de entrega de la cosa (por la pérdida de ésta), recibiría los derechos y acciones que por razón de la cosa existan contra terceros.

Así lo estimaba ya GARCÍA GOYENA, respecto del artículo 1163 del Proyecto de Código de 1851 ("El deudor de una cosa perdida sin culpa del mismo está obligado á ceder al acreedor cuantos derechos y acciones le asistieren para reclamar su indemnización", equivalente al actual art. 1186 CC). Afirma este autor en relación a dicho artículo que: "nada debe quedar de la cosa en poder del deudor, pues que éste no debe enriquecerse en manera alguna con detrimento de su acreedor" (*Concordancias*, p. 618). Y así lo defiende buena parte de la doctrina actual (ROCA JUAN, "Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida", p. 529; BADOSA COLL, "Artículo 1186 del Código civil" en *Comentario del Código civil*, II, 1993, pp. 263 a 265, p. 264; CRISTÓBAL MONTES, "El «commodum repræsentationis» del artículo 1.186 del Código civil", *A.D.C.*, XL, 1987, pp. 601 a 613, p. 601; PANTALEÓN, "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", pp. 1731 a 1732 y 1736 a 1737. DÍEZ-PICAZO, (*Fundamentos*, II, p. 657) lo plasma en los siguientes términos: "El fin de la norma es proteger al acreedor: se trata de paliar en lo posible el perjuicio sufrido por éste y evitar el enriquecimiento que el deudor recibiría si quedara liberado de la obligación y obtuviera los lucros derivados de tal hecho". Para FERNÁNDEZ ARÉVALO, A., el fundamento de la norma es evitar un enriquecimiento injustificado del deudor a costa del acreedor, si bien, como consecuencia de lo anterior, se obtiene la protección del acreedor (*La lesión extracontractual del crédito*, Valencia, 1996, p. 78); SANTOS BRIZ, "Artículo 1182", en *Comentario del Código civil* coordinado por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, 6, p. 377).

Sin embargo, recientemente se ha cuestionado que el fundamento del artículo 1186 sea el enriquecimiento injusto. Así, CLEMENTE MEORO (*El acreedor de dominio*) se opone a que el fundamento del artículo 1186 CC sea evitar el enriquecimiento injusto del deudor a costa del acreedor (§ 9, núm. 47), y defiende que este precepto responde más bien al principio de que quién soporta la desventaja (*incommodum*) ha de tener derecho a la ventaja (*commodum*) lo cual incluirá los derechos y acciones nacidos como consecuencia de la pérdida de la cosa (§ 8, núm. 43): no sería correcto afirmar que las acciones nacen en cualquier caso para el deudor y se transmiten ex art. 1186 CC al acreedor o que las acciones nacen siempre para el acreedor (§ 9, núm. 51, p. 134). Por su parte, CASTILLA BAREA no tiene inconveniente en reconocer este fundamento en caso de obligaciones unilaterales, pero duda de su concurrencia en las obligaciones bilaterales (pp. 323-325). Esta autora sostiene que el argumento del



por eso, dicho precepto atribuye al acreedor los derechos y acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de la cosa. De tal forma que si el acreedor ejercita la pretensión al *commodum*, obtendrá aquello que en el patrimonio del deudor ha sustituido desde el punto de vista económico a la cosa que ya no es posible entregar<sup>256</sup>.

---

enriquecimiento sin causa no se entiende ni funciona cuando la obligación es bilateral (porque el acreedor tiene la posibilidad de desligarse del contrato), lo que le lleva a concluir que "hay que entender o que el artículo 1186 CC es únicamente aplicable a las obligaciones unilaterales, o bien que su fundamento en las bilaterales es diferente: en este caso, sólo puede buscarse su razón de ser en la consideración del *commodum* como restos de la prestación originaria, lo que justificaría un tratamiento de la situación como si se tratara de una imposibilidad parcial", (lo que para esta autora supone la posibilidad del acreedor de optar entre aceptar el cumplimiento parcial —reduciendo proporcionalmente su contraprestación— o desistir del contrato procediendo a resolverlo (pp. 153 a 160)).

<sup>256</sup> En este punto es importante resaltar que lo previsto en el artículo 1186 CC no abarca todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros; de hecho el propio precepto se limita a acciones "por razón de la cosa".

La doctrina se encuentra dividida respecto a las acciones que quedan cubiertas. Sintetizando podemos apuntar que la mayoría de los autores afirman que al acreedor le corresponde el denominado *commodum ex re* o acciones derivadas del hecho mismo de la pérdida de la cosa, en concreto aquello que sustituya o sea un elemento representativo del valor de la propia cosa en el patrimonio del deudor. Dentro de dichas acciones se incluyen las acciones para reclamar el justiprecio en caso de **expropiación forzosa** y las acciones para reclamar la indemnización a la **entidad aseguradora**. Respecto de las primeras no se discute la inclusión de las mismas en el *commodum*, y aunque se debatió tal inclusión del segundo tipo de acciones, actualmente dicha inclusión es reconocida por la generalidad de la doctrina (ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, pp. 115 y 116; BADOSA COLL, p. 263; Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 659; CRISTÓBAL MONTES, "El «commodum representationis» del artículo 1186 del Código civil", *A.D.C.*, 1987, pp. 601-602; ROCA JUAN, "Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida", pp. 541-543; DELGADO en LACRUZ, *Elementos*, II, vol. 1º, núm. 120; PANTALEÓN ("Artículo 1902", en *Comentario del Código civil*, II, p. 1988 y "El sistema de responsabilidad contractual", p. 1022 nota (8)); SANTOS BRIZ, "Artículo 1182", en *Comentario del Código civil* coordinado por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, 6, "Arts. 1088 al 1314", p. 377 y "Artículo 1186", p. 387. CASTILLA BAREA, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, pp. 334-335) aunque no faltan autores recientes como FERNÁNDEZ ARÉVALO, (*La lesión extracontractual del crédito*, pp. 91 a 96, nota al pie núm. 46), que muestran objeciones a su inclusión. Por lo que respecta a las acciones contra tercero derivadas de **responsabilidad extracontractual**, la cuestión permanece abierta. Totalmente contrario a su inclusión se muestra PANTALEÓN ("Art. 1902 CC", *Comentario al Código civil*, II, 2ª ed., Madrid, 1993, pp. 1972 y 1988-1989 y recientemente CLEMENTE MEORO, *El acreedor de dominio*, § 11, núm. 56, pp. 141-142). El principal argumento esgrimido por Pantaleón para negar la inclusión de las acciones tendentes a reparar los daños extracontractuales se basa en que dichas acciones surgen en cabeza del propio acreedor dañado (y ello es así porque en nuestro Derecho se admite la tutela aquiliana del derecho de crédito, al no ser requisito del artículo 1902 CC que el derecho dañado sea absoluto), sin necesidad de cesión legal u obligatoria de las mismas ("Artículo 1902", p. 1972). Sin embargo, a pesar de ser cierto que en nuestro ordenamiento no es necesario que nos encontremos ante un derecho absoluto para que éste reciba la protección del artículo 1902 CC, lo cierto es que la solución no es tan sencilla, no todos los derechos de crédito se exteriorizan, y el tercero que daña no tiene por qué soportar la indemnización de un derecho no cognoscible. Hay que tener en cuenta que admitir la indemnización del derecho de crédito es ir más allá del valor de la cosa, pues alcanzaría el interés del acreedor decepcionado; A favor de la inclusión de las acciones de responsabilidad extracontractual en el ámbito del art. 1186 CC, DELGADO en LACRUZ, *Elementos*, II, vol. 1º, núm. 120 y CRISTÓBAL MONTES, "El «commodum representationis» del artículo 1186 del Código civil", *A.D.C.*, 1987, p. 606).

Por último, PANTALEÓN defiende la inclusión del *commodum ex negotiatione* en el ámbito del artículo 1186 CC ("El sistema de responsabilidad contractual", pp. 1022-1023, donde el autor lleva a cabo una interesante reflexión sobre las posibles críticas a esta solución desde el punto de vista del análisis

Cuando dicho remedio se aplica en el ámbito de una relación obligatoria sinalagmática<sup>257</sup>, es necesario que a cambio del *commodum* el acreedor lleve a cabo su **contraprestación** (de no ser así, se produciría el efecto contrario: enriquecimiento del acreedor a costa del deudor que no recibe la contraprestación a pesar de entregar lo que en su patrimonio sustituye a la cosa)<sup>258</sup>, aunque eso sí, a pesar de que nuestro ordenamiento no lo prevé expresamente, lo razonable es entender que queda abierta la posibilidad de una **reducción proporcional** de la contraprestación del acreedor según el valor del *commodum*<sup>259</sup> (argumento ex arts. 1460.II, 1469, 1486.I, 1499 CC).

---

económico; y "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", p. 1737). Con la atribución al acreedor del *commodum ex negotiatione* se desincentivan los incumplimientos eficientes (sobre el incumplimiento eficiente (*efficient breach*) vid. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 5ª ed., Nueva York, 1998, pp. 133-134), en este sentido se entiende muy bien la intención que mueve a la solución defendida por Pantaleón y es razonable la finalidad perseguida. Pero cabe una duda, ¿hasta qué punto se justifica el que para impedir que en la práctica se produzcan incumplimientos eficientes, se prive al deudor incumplidor, en beneficio del acreedor insatisfecho, de las ventajas obtenidas por nuevas inversiones realizadas para mejorar el rendimiento obtenido de la cosa? Hay que tener en cuenta que en muchos casos el mayor rendimiento obtenido en la enajenación de la cosa resulta, no de la mayor valoración que espontáneamente ésta suscita, sino de la inversión de recursos (del deudor) para buscar que la cosa ofrezca mayor utilidad. Se hacen eco de esta opción por el *commodum ex negotiatione*: DÍEZ-PICAZO en *Fundamentos*, II, pp. 659-660. Y DELGADO en LACRUZ, si bien, parece que no la comparte (*Elementos*, II, vol. 1º, núm. 120). En contra de la extensión al *commodum ex negotiatione*, CARRASCO, "Restitución de provechos (y II)", *A.D.C.*, XLI, fascículo 1, enero-marzo, 1988, pp. 5 a 151, pp. 143-144).

<sup>257</sup> En contra de lo que acabamos de apuntar, existe un sector doctrinal que defiende la inaplicabilidad del artículo 1186 CC en los casos de obligaciones sinalagmáticas, así GONZÁLEZ PORRAS ("Artículo 1182 CC", "Artículo 1184 CC", "Artículo 1186 CC" en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, XVI, vol. 1º, "Artículos 1156 a 1213 del CC", 2ª ed., Madrid, 1991, p. 370; CARRASCO que en términos más prudentes afirma que si se admite el recurso del acreedor al artículo 1124 CC en los casos de pérdida fortuita, "estima muy dudosa la aplicación del referido precepto (art. 1186 CC)" ("Restitución de provechos (y II)", *A.D.C.*, XLI, fascículo 1, enero-marzo, 1988, pp. 5 a 151, p. 144) y MOLINER NAVARRO, R.M., que entiende que el artículo 1186 no es aplicable en las obligaciones bilaterales precisamente porque en estos casos resulta aplicable el artículo 1124 CC que concede la facultad de resolver las obligaciones para el caso de que uno de los obligados no cumpla, con lo que se impide el enriquecimiento injusto que trata de paliar el artículo 1186 CC. ("La pérdida de la cosa debida", en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, pp. 509 a 527, p. 527). La misma objeción plantea CASTILLA BAREA que la salva considerando que el fundamento del artículo 1186 CC es distinto cuando se aplica a este tipo de obligaciones (*La imposibilidad de cumplir los contratos*, p. 343).

<sup>258</sup> En el mismo sentido CASTILLA BAREA, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, p. 260.

<sup>259</sup> PANTALEÓN, "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", p. 1733. De admitirse la aplicación del artículo 1186 CC en caso de pérdida de la cosa imputable al deudor, aclara este autor que es necesario reconocer que el acreedor que no ha optado por la resolución del contrato puede exigir al amparo del art. 1186 CC, el *commodum representationis* que si no cubre el interés en el cumplimiento

### iii. Opción entre la resolución y el *commodum repræsentationis*

[145] Cuando ambos remedios —facultad resolutoria y pretensión al *commodum repræsentationis*— concurren, es necesario determinar cuál de ellos resulta aplicable. En este punto, parece haber consenso en la doctrina: es el acreedor quien dispone de la **facultad de optar entre uno y otro**<sup>260</sup>.

[146] Precisamente, la necesidad de permitir al acreedor optar por el remedio previsto en el artículo 1186 CC en lugar de la resolución por incumplimiento, constituye el principal argumento de la doctrina para negar la existencia en nuestro ordenamiento de una resolución automática en los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable. Aunque Pantaleón es quizá el autor que con más ahínco ha puesto de manifiesto esta circunstancia<sup>261</sup>, no es el único. Recientemente, Clemente Meoro ha expuesto como principal objeción al reconocimiento de una resolución automática en nuestro sistema jurídico, la existencia de un precepto como

---

podrá venir acompañado de la indemnización de daños hasta la cuantía de dicho interés en el cumplimiento (“El sistema de responsabilidad contractual”, pp. 1022 y 1050).

<sup>260</sup> La opción que se le ofrece al acreedor no es, como parecen sostener algunos autores, entre la resolución y el cumplimiento —sustituido por el *commodum*—, (así, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 659; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. II, *El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimientos sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 8.ª ed. revisada y puesta al día, Madrid, 1999, pp. 192 y 193; CLEMENTE MEORO, *El acreedor de dominio*, § 11, núm. 56, p. 141-142; CASTILLA BAREA, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, pp. 343-344) sino entre la facultad resolutoria del artículo 1124 CC y la pretensión al *commodum repræsentationis* del artículo 1186 CC. Así lo expone ROCA JUAN (“Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida”, p. 539) quién con toda claridad afirma: “Extinguida la obligación de entregar la cosa, por pérdida que origine indemnizaciones o pretensiones contra tercero, si el acreedor acepta las indemnizaciones o las acciones que amparan la pretensión, por el efecto post-extintivo del artículo 1186, quedará excluida la posibilidad de ejercitar la facultad resolutoria, porque aquel efecto es secuela del crédito originado. Si opta por ejercitar la facultad resolutoria, no podrá, en cambio, adquirir las acciones contra tercero que, por la extinción, le atribuye en principio el art. 1186, porque ese efecto es incompatible con la resolución, que disuelve el vínculo del que emana”. Y aunque reconoce que ello supone comunicar dos expedientes técnicos de ámbito y procedencia distintos, como son la atribución del riesgo y la facultad resolutoria, señala que ello es posible pues la concepción moderna se basa en la interdependencia y reciprocidad de las mismas.

<sup>261</sup> PANTALEÓN, “El sistema de responsabilidad contractual”, p. 1048 y “las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, pp. 1731-1732.

el artículo 1186 CC<sup>262</sup>, y un número importante de autores se limitan a mencionar la opción de la que dispone el acreedor entre ambos remedios.

#### iv. Forma de atribución del *commodum repræsentationis* al acreedor

[147] La posibilidad de optar entre resolución y pretensión al *commodum*, presupuesto base de la construcción doctrinal en defensa de una resolución no automática en los casos de imposibilidad sobrevenida fortuita, no está exenta de problemas. En concreto, nos encontramos con que se ha defendido que cuando concurren los presupuestos previstos en el artículo 1186 CC se produce una atribución automática de dicho *commodum* al acreedor. De ser así, ¿no estaríamos impidiéndole optar por la resolución? El principal escollo teórico a superar, lo constituye la operación de atribución de significado a la frase con que concluye el artículo 1186 CC, esto es, la afirmación según la cual, “corresponderán al acreedor todas las acciones que el deudor tuviere contra terceros por razón de ésta (la cosa)”. Como recientemente ha apuntado Clemente Meoro nos encontramos ante una de las cuestiones que más polémica ha levantado<sup>263</sup>. Sobre ella, es decir, sobre la forma de operar este remedio en el ordenamiento jurídico se han mantenido, y se mantienen hoy tres posiciones diferentes<sup>264</sup>, que nosotros necesariamente tenemos que armonizar con la afirmación aquí defendida según la cuál, es el acreedor

<sup>262</sup> Este autor defendió en un primer momento que en los supuestos de imposibilidad sobrevenida no imputable la resolución tenía un efecto automático (*vid. supra* [096]); sin embargo, actualmente reconoce que es más acertada la opinión de aquéllos que sostienen que no hay una resolución automática sino que en estos casos, surge a favor del acreedor de la prestación devenida imposible la posibilidad de optar por la resolución o bien exigir al amparo del artículo 1186 CC su pretensión al *commodum repræsentationis* (CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, núm. 222). Posteriormente, ha vuelto a insistir sobre este aspecto en *El acreedor de dominio*, § 9, núm. 48, p. 128, añadiendo que carece de sentido tanto una extinción automática de la relación obligatoria como una transmisión automática de las acciones del deudor al acreedor (aunque no estima necesaria la colaboración del deudor para que el acreedor pueda ejercitar, si opta por ello, las acciones que hayan surgido frente a terceros por razón de la pérdida de la cosa debida).

<sup>263</sup> CLEMENTE MEORO, *El acreedor de dominio*, § 8, núm. 44, p. 117.

de la prestación devenida imposible quien decide cuál de los remedios le conviene hacer valer.

En primer lugar, un importante sector de nuestra doctrina defiende que la **transmisión de las acciones al acreedor** se produce de forma **automática**<sup>265</sup>. El problema que nos plantea esta concepción es el siguiente: si el acreedor adquiere *ex lege* los derechos y acciones del deudor, ¿cómo se conjuga esto con la posibilidad que hemos defendido que tiene el acreedor de elegir entre la resolución y la pretensión al *commodum*? Con el fin de garantizarle al acreedor la posibilidad de optar entre ambos remedios a pesar de que se le atribuya *ex lege* el *commodum*, cabría asimilar dicha atribución a la adquisición del legado con posterior renuncia (arts. 881 CC y ss.). Ello permitiría defender la adquisición automática del *commodum* por el acreedor sin necesidad de aceptación por

<sup>264</sup> Así lo expone DÍEZ-PICAZO en *Fundamentos*, II, p. 658.

<sup>265</sup> A favor de esta concepción, MANRESA Y NAVARRO, J.M., (*Comentarios al Código civil español por D. José María Manresa y Navarro con la colaboración de varios jurisconsultos y una introducción del Excmo. Sr. D. Francisco de Cárdenas*, VIII, 4ª ed., Madrid, 1929, p. 327) que sostiene que la transmisión de las acciones se verifica por ministerio de la ley y señala el momento de extinción de la obligación como instante en que se produce la atribución de las acciones al acreedor ALBALADEJO, (*Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones, Parte general*, Barcelona, 1970, p. 216) que considera que puesto que el fin de la norma es proteger al acreedor, la automática extinción de su derecho debe ir acompañada de la automática adquisición del subrogado que corresponde al deudor, a la solución defendida por este autor se suma ALONSO PÉREZ, (*El riesgo en el contrato de compraventa*, pp. 114 *in fine* y 115, que sostiene que más que una subrogación o sustitución del acreedor en las posiciones jurídicas del deudor estaríamos ante “una mera atribución o transmisión *ipso iure* de las acciones del deudor al acreedor”; GONZÁLEZ PORRAS, J.M., “Comentario al artículo 1186 C.C.”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, XVI, vol. I, Madrid, 1991, pp. 306 a 320, pp. 312-314; BADOSA COLL, “Artículo 1186 CC”, en *Comentario del Código civil*, II, 2ª ed., pp. 263 a 265, p. 264; esta parece ser la solución defendida por DÍEZ-PICAZO, (*Fundamentos*, II, p. 658) quien reconoce que a pesar de las dificultades teóricas que puedan surgir, parece preferible la tesis de la cesión legal (con lo que parece decantarse con la solución de la transmisión automática). Este autor defendió con anterioridad la existencia de una legitimación *ex lege* “que es directa frente a los terceros, pero el acreedor no ejercita su propio interés, sino una acción que corresponde a su deudor” (*Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, *Introducción. Teoría del contrato* 4ª ed., Madrid, 1983, p. 740).

CRISTÓBAL MONTES, defiende una solución que llega a resultados semejantes a los de la atribución automática de las acciones del deudor al acreedor pero por un camino muy distinto como es el de considerar que “por mandato de la ley, siempre que extinguida una obligación por pérdida de la cosa surjan acciones contra terceros “por razón de ésta”, tales acciones estarán atribuidas directamente al acreedor sin necesidad de tener que arbitrar el inadecuado mecanismo de la transmisión *ope legis* de las mismas (“El «commodum representationis» del artículo 1.186 del Código civil”, *A.D.C.*, XL, 1987, pp. 611-613).

su parte<sup>266</sup>, pero reconociéndosele simultáneamente la facultad de renunciar al mismo y optar por la resolución. Dicha facultad de renuncia desaparecería en el momento en que aquel aceptara el *commodum* (porque a partir de ese momento la adquisición realizada sería irrevocable y el acreedor estaría obligado a ejecutar su contraprestación).

Una segunda teoría, que no ha sido especialmente acogida por la doctrina, defiende que el artículo 1186 CC contempla una **legitimación especial del acreedor** para ejercitar acciones propias del deudor<sup>267</sup>. En este caso, para que la opción del acreedor entre la pretensión al *commodum* y la resolución pueda ser efectiva, se ha de entender que el acreedor opta por este remedio precisamente cuando hace valer las acciones que corresponderían al deudor; hasta ese momento, el acreedor es libre de optar por resolver el contrato. Esta interpretación deja abierta la posibilidad de que sea el acreedor quién decida cuál de los remedios le interesa ejecutar.

Por fin, una tercera teoría defiende que el término “corresponderán” del artículo 1186 CC se ha de entender no como una transmisión automática de las acciones al acreedor<sup>268</sup>, sino como la **obligación del**

<sup>266</sup> La doctrina mayoritaria está de acuerdo en reconocer el carácter automático de la adquisición del legado por el legatario en el momento de la muerte del testador, sin necesidad de aceptación por aquél (por todos, ALBALADEJO, M., *Curso de Derecho civil*, V, *Derecho de sucesiones*, 3ª ed., Barcelona, 1989, § 52, núm. 2).

<sup>267</sup> Sólo recientemente parece que algunos autores se decantan por esta solución. Así, CASTILLA BAREA que, por otro lado, aclara que no nos encontramos ante una acción subrogatoria de las previstas en el art. 1111 CC ni ante una subrogación legal contemplada en el art. 1209 CC, o ante una subrogación por pago del art. 1210 CC, sino ante la consagración de una acción directa que en efecto supone una excepcional o especial legitimación para el acreedor. Si bien, nos encontraríamos ante una acción directa *sui generis* porque el deudor originario no responde del pago de la indemnización si el tercero no llega a satisfacerlo (*La imposibilidad de cumplir los contratos*, pp. 341 a 342).

CLEMENTE MEORO sostiene que en virtud del art. 1186 CC “se concede al acreedor aquello que, en el patrimonio del deudor, ha sustituido, desde el punto de vista económico, a la cosa cuya entrega no puede realizarse, bien se trate de las acciones que quepa ejercitar frente a terceros, bien lo que haya recibido el deudor por razón de la cosa debida”. Y añade: “Y es precisamente esa sustitución del crédito por las acciones lo que legitima al acreedor para ejercitarlas frente a los terceros. En lugar de al deudor de la entrega, como propietario del bien destruido o expropiado, es al acreedor del bien a quien «corresponden» las acciones, sin que pueda alegar el tercero su falta de titularidad sobre el bien o no haber sido parte en el contrato de seguro” (*El acreedor de dominio*, § 9, núm. 52).

<sup>268</sup> En contra de la transmisión automática, PÉREZ GONZÁLEZ Y ALGUER, *Notas al Ennecerus-Lehmann*, “Derecho de obligaciones”, 1.ª ed., p. 243 y SCÆVOLA, *Comentarios*, XIX, 1902, pp. 974 - 975.

**deudor de ceder las acciones** al acreedor. Esta tercera interpretación ha sido ampliamente acogida en nuestra doctrina<sup>269</sup>. A su favor cabe apuntar que es la que mejor se ajusta a la previsión de la pretensión al *commodum* como un remedio que se le ofrece al acreedor: producida la imposibilidad sobrevenida no imputable, el acreedor optará entre ejercitar la resolución por incumplimiento o hacer valer la pretensión al *commodum* (cuando proceda) según le convenga. En el segundo caso, esto es, cuando haga valer la pretensión al *commodum*, exigirá al deudor que le ceda las acciones que tiene contra terceros o bien que le entregue lo que ya ha recibido de dichos terceros; hasta entonces, la opción permanecerá abierta.

En cualquier caso, con independencia de cuál sea la interpretación que se ofrezca al término “corresponderán” del artículo 1186 CC, es posible cohonestar dicha interpretación con el reconocimiento al acreedor de una opción entre los remedios disponibles, sin que ninguno de ellos le resulte imperativo.

---

<sup>269</sup> Así, desde muy temprano, SCÆVOLA, *Comentarios*, XIX, 1902, pp. 974-975; con una amplia argumentación, ROCA JUAN, quién sostiene que “acaso sea preferible ver en el fenómeno del artículo 1186 un caso de subrogación real con cuya cesión o entrega se libera el deudor. Pero no una subrogación legal y automática del acreedor en tales acciones e indemnizaciones, sino un derecho del acreedor a subrogarse exigiendo la cesión” (“Sobre la imposibilidad de la prestación por la pérdida de la cosa debida (Notas al artículo 1186 CC)” en *Estudios jurídicos en honor del Profesor Federico de Castro*, pp. 543 a 548); DELGADO también se decanta por esta solución que supone la obligación del deudor de ceder las acciones o pagar la cantidad cobrada en ejercicio de las mismas; a favor de ella señala que si el acreedor no puede ocupar por propia autoridad la cosa debida, es dudoso que pueda ejercer acciones sin permiso del deudor titular de las mismas o sin la declaración judicial de proceder su ejercicio (en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1º, núm. 120); PANTALEÓN, “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, p. 1737 “el acreedor no adquiere automáticamente el *commodum* sino que se le otorga una pretensión de entrega o de cesión frente al deudor: que es lo dogmáticamente consecuente y, sobre todo, lo adecuado a la posibilidad de optar el acreedor entre los distintos remedios”.

En contra de la cesión obligatoria BADOSA COLL ha señalado que “sería absurdo exigir la actuación del deudor como cedente cuando por tratarse de un enriquecimiento localizado en figuras jurídicas (“acciones”) la intervención del enriquecido no es necesaria como en los casos en que el enriquecimiento se localiza en cosas (v. gr. arts. 1.895 y ss.)”, (“Artículo 1186 CC”, en *Comentario del Código civil*, II, 2ª ed., pp. 263 a 265, p. 264).

#### d. Conclusión

[148] En definitiva, la resolución automática, además de no estar prevista en el artículo 1124 CC, tampoco es la mejor solución para proteger los intereses en juego. Una resolución de este tipo operaría al margen de la voluntad del acreedor (incluso en contra de ella, pues podría ser alegada por el propio deudor) y pasaría por alto el hecho de que, en determinados casos, al acreedor de la prestación devenida imposible le puede interesar el mantenimiento del contrato. Como hemos tenido ocasión de comprobar, así sucederá, por ejemplo, cuando exista un *commodum repræsentationis* de la prestación devenida imposible y el acreedor prefiera obtenerlo a cambio de su contraprestación (proporcionalmente reducida)<sup>270</sup> en lugar de la resolución del contrato.

Este argumento en contra de la admisión de la resolución automática en nuestro sistema, si bien es un argumento de peso, presenta algunos puntos débiles: en primer lugar, el ámbito de aplicación del artículo 1186 CC es mucho más restringido que el que abarca la imposibilidad sobrevenida no imputable con lo que no siempre van a concurrir los remedios previstos en los artículos 1124 y 1186 CC; en segundo lugar, no es del todo incompatible el reconocimiento de una resolución automática con la posibilidad de que el acreedor opte por mantener el contrato y exigir el *commodum* (así lo demuestra lo previsto en el antiguo § 323 BGB que determina la extinción de las obligaciones de ambas partes, a no ser que el acreedor opte por exigir el *commodum*).

---

<sup>270</sup> PANTALEÓN, "El sistema de responsabilidad contractual", p. 1048 y "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", pp. 1731a 1732.



### **3. La resolución automática y la certeza de la situación jurídica**

[149] Una razón importante para no acoger en nuestro Derecho una resolución automática en los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable es que este tipo de resolución puede provocar incertidumbres sobre cuáles son los derechos de las partes en cada momento<sup>271</sup>.

Para demostrarlo basta con señalar que en el caso de que se defienda una resolución automática en los supuestos de imposibilidad sobrevenida no imputable, ésta, en principio, operará en el momento en el que haya tenido lugar dicha imposibilidad, al margen del conocimiento de la misma por las partes contratantes. Surgirán dudas acerca de la propia existencia del contrato y es posible incluso que el acreedor de la prestación devenida imposible proceda a cumplir su contraprestación desconociendo totalmente la extinción de la relación obligatoria —desconocimiento que puede concurrir también en el propio deudor. En ese caso, la restitución de lo entregado por él ¿se debería regir por las reglas del “cobro de lo indebido”? Desde luego, si se defiende una resolución automática, las normas de la restitución derivada de la resolución sólo serían aplicables a las prestaciones realizadas antes de que operase dicha resolución, no a las realizadas con posterioridad<sup>272</sup>.

Además, la incertidumbre puede venir no sólo de la ignorancia de que se ha producido la imposibilidad sino del momento en el que ésta ha tenido lugar (no siempre es fácil determinar cuándo ha tenido lugar); y pueden existir discrepancias acerca del carácter no imputable de la misma,

<sup>271</sup> Así lo apunta PANTALEÓN, “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, p. 1731.

<sup>272</sup> En este punto llamamos la atención sobre la solución de aquellos autores que defienden una estricta bipartición entre la resolución por incumplimiento y la teoría de los riesgos; si se defiende esta construcción, en el caso de que el acreedor hubiese procedido a realizar su prestación antes de que ocurriese la imposibilidad sobrevenida, la restitución de su prestación deberá realizarse conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa.

con lo que en numerosos casos será necesario acudir a los tribunales para que se pronuncien al respecto.

Todo ello nos permite afirmar que la resolución automática no plantea especiales ventajas para evitar la litigiosidad en estos casos<sup>273</sup>.

#### **4. Carácter no automático de la resolución en el moderno Derecho comparado y uniforme**

[150] Si acudimos al Derecho uniforme y comparado más moderno podemos constatar que, con carácter general (los *PECL* constituyen una excepción), no se prevé una resolución automática como remedio para los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable. Evidentemente no se trata de una razón definitiva para que la misma no opere en nuestro Ordenamiento, pero, en cualquier caso, nos permite constatar que nuestra propuesta —que niega la existencia de una resolución automática en nuestro Derecho—, se asemeja notablemente a la tendencia más moderna, y ello constituye un argumento más (aunque no definitivo) a nuestro favor.

Por lo que respecta al Derecho comparado más moderno, vamos a centrar nuestra atención en el Derecho holandés y en el Derecho alemán. En el primer caso, porque el Código civil holandés en vigor desde hace unos años, es el más nuevo dentro del ámbito europeo. En el caso del Derecho alemán, su estudio resulta especialmente interesante porque ha sido precisamente en la reciente reforma de su Código civil, cuando se ha introducido la solución aquí defendida.

---

<sup>273</sup> Como señala SCHLECHTRIEM, las ventajas que puede suponer una resolución automática en comparación con una resolución mediante declaración del acreedor, son menores si no inexistentes ("Termination of contracts under the Principles", en *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, p. 253).

En cuanto al Derecho uniforme, ya hemos apuntado que los *PECL* se apartan de la solución aquí defendida, pero los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales (UNIDROIT *Principles*) son un buen ejemplo a tener en cuenta. Además, comprobaremos cómo la *CISG*, a pesar de no regular expresamente los supuestos de imposibilidad sobrevenida, no prevé excepciones a la resolución del contrato mediante declaración de voluntad, con lo que tampoco admite una resolución automática.

**a. La imposibilidad sobrevenida no imputable y la resolución por incumplimiento en el Código civil holandés**

[151] El derecho de resolución del contrato por incumplimiento aparece regulado en el Código civil holandés (BW) en los artículos 6:265 a 6:277. En concreto, el **artículo 265.1 BW** establece que **todo incumplimiento** de una parte en la ejecución de sus obligaciones, otorga a la otra el derecho de resolución, a menos que la resolución no quede justificada vista la naturaleza del incumplimiento o su poca importancia<sup>274</sup>. Conforme al tenor del precepto es posible sostener que procede el remedio resolutorio sin tener en cuenta la causa del mismo (en concreto, si el incumplimiento se debe o no a una causa imputable al deudor)<sup>275</sup> y cuáles sean sus consecuencias, a menos que no se justifique teniendo en cuenta la especial naturaleza del incumplimiento o su escasa

<sup>274</sup> Artículo 6:265.1 BW: "Every failure of one party in the performance of one of his obligations gives the other party the right to set aside the contract in whole or in part, unless the failure, given its special nature or minor importance, does not justify the setting aside of the contract and the consequences flowing therefrom."

<sup>275</sup> El término "failure in the performance" es un término neutro que incluye cualquier tipo de falta de cumplimiento, tanto el imputable como el no imputable. (HARTKAMP, A.S. y TILLEMA, M., *Contract Law in the Netherlands*, La Haya, Londres, Boston, 1995, núm. 161 y HARTKAMP, A.S., "La révision du Code civil aux Pays-Bas 1947-1992", en *Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek. Het Vermogensrecht*, traducido al francés y al inglés por Haanappel/Mackaay, bajo los auspicios del Ministerio de justicia Holandés y el Centro de Estudios de Derecho privado y comparado de Quebec, Deventer-Boston, 1990, p. XL).

importancia<sup>276</sup>. Ello nos permite afirmar que la **imposibilidad sobrevenida** no imputable constituye una causa de resolución del contrato por incumplimiento<sup>277</sup>.

Sin embargo, el Código civil holandés establece una especialidad respecto de ella y es que según lo previsto en el **artículo 6:74.2 BW**, la imposibilidad provoca inmediatamente la existencia de incumplimiento mientras que en todos los demás supuestos de falta de cumplimiento sólo hay incumplimiento cuando el deudor está en mora<sup>278</sup> (conforme a los artículos 6:82 y ss. BW). Además, cuando la imposibilidad sobrevenida de la prestación tiene lugar en el marco de una relación sinalagmática, el perjudicado por el incumplimiento no está obligado a realizar su contraprestación. Ello supone, tal y como señalan Hartkamp y Tillema, que ambas partes se ven igualmente perjudicadas: el acreedor no tiene derecho a reclamar el cumplimiento ni la indemnización de daños, y el deudor no puede exigir la contraprestación<sup>279</sup>. Sin embargo, el hecho de que el acreedor no esté obligado a cumplir no significa que su obligación se extingue automáticamente, sino que, como en los demás casos de

<sup>276</sup> Cosa distinta es lo que sucede respecto del deber de reparar el daño. Conforme a lo establecido en el artículo 6:277 BW, en caso de resolución por incumplimiento, la parte cuyo incumplimiento constituye la causa de la resolución, debe de indemnizar a la otra parte el daño causado. El párrafo segundo de dicho precepto establece que si el incumplimiento no es imputable al deudor el párrafo anterior se aplica con los límites del artículo 6:78 BW.

Efectivamente, la regla es que conforme al artículo 6:74 BW se debe de indemnizar el daño que se ocasione al acreedor como consecuencia del incumplimiento, a menos que éste no sea imputable al deudor. El artículo 6:75 BW establece que el incumplimiento no es imputable al deudor, si no resulta de su culpa, ni le corresponde en virtud de la ley o de un acto jurídico o conforme a la opinión generalmente admitida. Por su parte el artículo 6:78 BW prevé que si el incumplimiento no le es imputable al deudor pero éste obtiene una ventaja que no hubiera obtenido si se hubiese efectuado normalmente la prestación, el acreedor tiene derecho, por aplicación de las reglas del enriquecimiento injusto, a la reparación del daño que sufra hasta el máximo de la cuantía de dicha ventaja. Por último nos queda hacer referencia al segundo párrafo del artículo 6:78 BW que establece que en el caso de que la ventaja consista en un crédito contra un tercero, el deudor puede dar cumplimiento a lo establecido en el párrafo anterior, transmitiendo dicho crédito.

<sup>277</sup> Así, refiriéndose al derecho de resolución por incumplimiento, HARTKAMP y TILLEMA afirman: "The remedy is available both where the non-performance may be imputed to the debtor and where the impossibility of performance is due to *force majeure*..." (*Contract Law in the Netherlands*, núm. 188).

<sup>278</sup> HARTKAMP/TILLEMA, *Contract Law in the Netherlands*, 1995, núm. 188.

<sup>279</sup> HARTKAMP/TILLEMA, *Contract Law in the Netherlands*, 1995, núm. 169.

incumplimiento, la obligación del acreedor sólo se extingue cuando se declare la resolución del contrato<sup>280</sup>.

De la forma de operar la resolución por incumplimiento se ocupa en exclusiva el **artículo 6:267 BW** que, con carácter general, y sin excepciones, exige una manifestación en tal sentido por parte del acreedor. Dicho precepto prevé la posibilidad de que la resolución se efectúe mediante una **declaración escrita del acreedor** o bien, que sea **pronunciada judicialmente a instancias de dicho acreedor**<sup>281</sup>, pero no contempla en ningún caso una resolución automática.

***b. La imposibilidad sobrevenida no imputable y la resolución en el Derecho alemán: críticas al antiguo § 323 BGB (propuesta de reforma de 1992 y reforma de 2001)***

[152] Hoy por hoy, podemos decir que, en Derecho alemán, cuando se produce la imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable al deudor, el acreedor puede optar por la resolución del contrato por incumplimiento. Dicha resolución sólo opera cuando él la declara. Sin embargo, hasta hace muy poco, la solución era otra. Por eso consideramos especialmente interesante hacer una breve exposición de la evolución que se ha producido en el Derecho alemán hasta llegar a la solución actualmente vigente.

[153] En su redacción inicial, el BGB parte del presupuesto de la culpa para la existencia de incumplimiento. Además, la regulación del incumplimiento y los remedios frente al mismo gira en torno a dos

---

<sup>280</sup> HARTKAMP/TILLEMA, *Contract Law in the Netherlands*, 1995, núm. 169.

<sup>281</sup> Artículo 267 BW:

1. The contract is set aside by a written declaration of the person entitled to do so.
2. It may also be pronounced by the judge upon the demand of such person.

manifestaciones del incumplimiento: imposibilidad y mora. Por lo que respecta a la disponibilidad del remedio resolutorio, por definición, se exige que el incumplimiento sea imputable al deudor. Por tanto, en caso de imposibilidad sobrevenida, sólo es posible el recurso a la resolución por incumplimiento, cuando dicha imposibilidad es imputable al deudor (§ 325 BGB v. ant.). En los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable, el legislador alemán optó por la **extinción automática del contrato** (§ 323 BGB v. ant.), que difiere en gran medida de la resolución por incumplimiento. La extinción del contrato prevista en el § 323 BGB v. ant. se diferencia no sólo en su forma de operar (no es necesario que el acreedor haga ningún tipo de declaración), sino, también, en sus consecuencias, pues las restituciones a las que puede dar lugar no se rigen por las normas de restitución para el caso de resolución, sino por las reglas del enriquecimiento sin causa

En lo que a nosotros nos interesa, desde muy temprano se le han hecho dos importantes críticas a la regulación del incumplimiento prevista en el BGB. La primera de ellas se refiere al papel central que ocupa el **concepto de «imposibilidad»** (*Unmöglichkeit*) en el BGB cuando se ha demostrado que en la práctica no es así. Dichas críticas aparecieron ya en 1907 (Rabel<sup>282</sup>) y desde entonces no han dejado de existir. En este sentido Huber (*Gutachten* de 1981)<sup>283</sup> defendió la necesidad de que la imposibilidad perdiese su posición central en el Derecho de incumplimiento y que se contemplase como un supuesto más de incumplimiento. La segunda de ellas, se centra en la figura de la resolución por incumplimiento, y se refiere al hecho de que sólo opera en los supuestos en los que el deudor es **responsable del incumplimiento**

---

<sup>282</sup> RABEL, E., "Unmöglichkeit der Leistung. Eine kritische Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch", en *Aus römischem und bürgerlichem Recht. Festschrift E.I. Bekker*, Weimar, 1907, pp. 171 a 237 (recogido en *Gesammelte Aufsätze, I, Arbeiten zum Privatrecht. 1907-1930*, Tübinga, 1965, pp. 1-55).

(es decir, cuando existe imposibilidad de cumplimiento de la que debe responder el deudor *ex* § 325.1 BGB; cuando el deudor no cumple en el plazo suplementario del § 326.1 BGB; o cuando el acreedor carece de interés en la prestación una vez que se ha producido el retraso § 326.2 BGB)<sup>284</sup>. Frente a ello se ha defendido que la resolución por incumplimiento debe operar con independencia de que el deudor sea responsable de dicho incumplimiento<sup>285</sup>.

[154] En la propuesta de 1991 de la Comisión para la reforma del Derecho de obligaciones alemán, la imposibilidad deja de tener un papel fundamental y se toma como punto central del Derecho del incumplimiento, el concepto de **lesión de la obligación** (*Pflichtverletzung*)<sup>286</sup>, sin que para su determinación sea fundamental contemplar en qué se fundamenta o qué consecuencias tiene<sup>287</sup>; lo

---

<sup>283</sup> HUBER, U., "Leistungsstörungen", *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts herausgegeben vom Bundesminister*, I, Colonia, 1981, pp. 647 a 909, p. 770.

<sup>284</sup> En caso de imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor opera el § 323 BGB v. ant. que no se refiere a la figura de la resolución por incumplimiento.

<sup>285</sup> Esta crítica aduce en su favor la existencia en el Derecho vigente de una serie de preceptos que permiten al acreedor resolver independientemente de si el deudor ha de responder o no de la falta de cumplimiento (§§ 361, 462 y 636 BGB) así como el hecho de que la jurisprudencia acuda a construcciones que le ayudan a conseguir un resultado semejante (*Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Bundesanzeiger, Colonia, 1992, p. 19).

<sup>286</sup> HUBER había propuesto la adopción de una noción general de "lesión" (*Vertragsverletzung*) que cubriera todas las manifestaciones que éste puede tener, y junto a ella, el de "lesión esencial" (*wesentliche Vertragsverletzung*); entre las manifestaciones que esta última podía tener, se encontraba, como una más, la imposibilidad de la prestación; HUBER, "Leistungsstörungen", *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts herausgegeben vom Bundesminister*, I, Colonia, 1981, pp. 647 a 909, especialmente pp. 676 y 678).

A pesar de todo, la noción de *wesentliche Vertragsverletzung* fue considerada, por una parte de la doctrina alemana, una noción oscura y en cierta medida privada de contenido. De hecho la Comisión la rechaza expresamente aunque llega a resultados muy semejantes (*Abschlußbericht*, p. 162).

<sup>287</sup> *Abschlußbericht*, p. 29.

relevante es la lesión objetiva de una obligación<sup>288</sup>, sin que se requiera necesariamente un juicio de reproche al deudor<sup>289</sup>.

El remedio resolutorio aparece previsto de forma unitaria en el § 323 BGB-KE que regula la resolución por incumplimiento o lesión de la obligación (*Rücktritt bei Pflichtverletzung*)<sup>290</sup>. Dicho precepto parte del principio de que el recurso a la resolución es **independiente de la imputabilidad del incumplimiento** al deudor<sup>291</sup> y la imposibilidad sobrevenida no imputable entra dentro del supuesto de hecho de la norma, si bien, la especialidad que presenta es que, mientras que la regla general exige la concesión de un plazo al deudor para que cumpla, antes de que proceda la resolución<sup>292</sup> (§ 323.1 BGB-KE)<sup>293</sup>, en los casos de imposibilidad no es necesaria dicha concesión de plazo, pues es claro que la misma no tendrá ningún resultado (§ 323.2.1 BGB-KE)<sup>294</sup>. Pero, en todo caso, **el acreedor debe declarar la resolución** si quiere que ésta tenga lugar. Desaparece la figura de la extinción *ipso iure* de las

<sup>288</sup> Dentro de este concepto se incluyen todas las situaciones posibles: cuando el deudor falta totalmente al cumplimiento, cumple de forma incompleta, o cumple de forma incorrecta, no cumple en el tiempo previsto, o en el lugar correcto, o su cumplimiento ha sido de cualquier otra forma defectuoso. Y a partir de este concepto amplio se construye toda la materia del incumplimiento, determinando cuáles son las pretensiones que le corresponden a una de las partes de la relación obligatoria en cada caso (*Abschlußbericht*, pp. 19 y 20).

<sup>289</sup> *Abschlußbericht*, p. 29.

<sup>290</sup> *Abschlußbericht*, p. 166. De tal forma que el actual § 323 BGB queda cubierto por lo previsto en el § 323 BGB-KE.

Además a diferencia de la regulación actual los supuestos de resolución por imposibilidad no imputable al deudor no se rigen en su liquidación por las normas del enriquecimiento injusto sino que se rigen por las normas generales de la liquidación de la resolución previstas en los §§ 346 y ss BGB-KE (*Abschlußbericht*, p. 168).

<sup>291</sup> No sucede así con el remedio indemnizatorio que si bien puede acompañar al remedio resolutorio requiere para su aplicación la imputabilidad del incumplimiento al deudor (*vid.* §§ 289 y 327 BGB-KE).

<sup>292</sup> *Abschlußbericht*, p. 31.

<sup>293</sup> § 323.1 BGB-KE: "Verletzt der eine Teil eine Pflicht aus einem gegenseitigen Vertrag, so kann der andere Teil nach erfolglosem Ablauf einer von ihm bestimmten angemessenen Frist vom Vertrag zurücktreten, wenn der Schuldner auf Grund der Fristsetzung mit dem Rücktritt rechnen mußte. Kommt nach der Art der Pflichtverletzung eine Fristsetzung nicht in Betracht, so tritt an deren Stelle eine Abmahnung..."

<sup>294</sup> § 323.2.1 BGB-KE: "Der Bestimmung einer Frist oder der Abmahnung bedarf es nicht, wenn offensichtlich ist, daß sie keinen Erfolg hätten". (*Vid. Abschlußbericht*, pp. 168 y 169).

Otra especialidad que presenta es que, tratándose de un incumplimiento no imputable al deudor, el acreedor no puede valerse del remedio indemnizatorio, que -a diferencia de lo que sucede en el BGB- puede acumularse a la resolución por incumplimiento (*vid.* § 327 BGB-KE).



obligaciones prevista en el actual § 323 BGB<sup>295</sup> y se hace necesaria la declaración de la resolución para que ésta tenga lugar.

[155] La redacción que ha recibido el BGB tras la reforma operada en 2001, se aparta en cierta medida de las soluciones propuestas por la Comisión. Aunque la imposibilidad deja de desempeñar el papel central que hasta ahora desempeñaba, se ha considerado útil no eliminar toda la regulación de la imposibilidad y así se ha mantenido en aquellos aspectos en los que se ha considerado que era efectiva. Por eso, el § 275 BGB regula lo que se denomina «exclusión del deber de prestación» (*Ausschluss der Leistungspflicht*). En el primer párrafo del precepto se declara que **queda excluida la pretensión a la prestación en tanto en cuanto ésta sea imposible para el deudor o para cualquier persona**<sup>296</sup>. Una de las grandes novedades que incorpora dicho precepto es que además de contemplar una imposibilidad tanto objetiva como subjetiva<sup>297</sup>, equipara en su tratamiento a la imposibilidad sobrevenida y la originaria<sup>298</sup>, y a la imposibilidad imputable y no imputable<sup>299</sup> (la atribución de responsabilidad es una cuestión que tiene trascendencia en materia de indemnización de daños pero no afecta a la pretensión de

<sup>295</sup> *Abschlußbericht*, pp. 168 y 169: "Gegenüber dem geltenden Recht ist wichtig, daß Künftig bei nicht zu vertretender Unmöglichkeit die Leistungspflichten nicht mehr *ipso iure* erlöschen und erbrachte Leistungen nach Bereicherungsrecht abzuwickeln sind, sondern Rücktritt erklärt werden muß und Rückabwicklung nach §§ 346 ff. BGB-KE erfolgt."

<sup>296</sup> § 275 BGB: "(1) Der Anspruch auf die Leistung ist ausgeschlossen, soweit und solange diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist."

<sup>297</sup> *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*, p. 290.

<sup>298</sup> El § 275 (1) BGB se refiere a una prestación que "es" imposible mientras que el actual § 275 BGB contempla una prestación que "deviene" imposible (*Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*, p. 290).

<sup>299</sup> Esta equiparación es contraria al texto de los §§ 275 y 280 BGB v. ant. pero es acorde con la interpretación de estas normas que ofrece la doctrina actual (Staudinger/Löwisch § 275 Rdn. 56; MünchKommBGB, § 275 Rdn. 109; Palandt/Heinrichs, § 275 Rdn. 24; a. M. Jakobs, *Unmöglichkeit und Nichterfüllung*, pp. 230 y ss; Ulrich/Hulmer, *Festschrift für Gaul*, 1997, pp. 238) se justifica en el hecho de que aunque la pérdida de la cosa sea imputable al deudor no tiene sentido otorgar al acreedor una pretensión de cumplimiento que ni siquiera desde un punto de vista teórico puede imponérsele al deudor en el proceso de ejecución forzosa (*Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*, p. 291).

cumplimiento que desaparece cuando éste deviene imposible con independencia de cuál haya sido su causa)<sup>300</sup>. Por tanto, según lo previsto en el § 275 (1) BGB, cuando se produce una imposibilidad de la prestación por una circunstancia que no le es imputable, el deudor queda liberado de su deber de prestación. Si dicha prestación tiene lugar en el marco de un contrato sinalagmático, hemos de acudir al § 326 (1) BGB para determinar qué sucede con la contraprestación del acreedor<sup>301</sup>. Según lo previsto en dicho precepto, en estos casos, **desaparece la pretensión a la contraprestación del acreedor**<sup>302</sup>. Ello no significa que se extinga automáticamente la obligación del acreedor, tal y como sucedía bajo la vigencia del antiguo § 323 BGB v. ant.. Si el acreedor quiere verse liberado de su propia obligación **“puede resolver el contrato”**<sup>303</sup> (§ 326 (5) BGB). Si opta por esta posibilidad, se aplica la figura de la resolución prevista con carácter general en el § 323 BGB, si bien no es necesario que previamente conceda un plazo al deudor. La resolución tiene lugar mediante una declaración de voluntad dirigida al deudor (§ 349 BGB). En el caso de que se hubiese realizado la contraprestación, que luego se ha considerado no debida, la restitución de la misma se hace según lo previsto en los §§ 346 a 348 y no según las

<sup>300</sup> *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*, p. 291; KOHTE/MICCKLITZ/ROTT/TONNER/WILLINGMANN, *Das neue Schuldrecht-Kompaktcommentar*, Munich, 2003, § 275 1, 2. El § 275 (1) se limita a establecer la liberación del deudor respecto de la prestación primaria, pero cuando la circunstancia que ha llevado a la liberación del deudor de la prestación primaria le sea imputable, entonces el deudor estará obligado a indemnizar (§§ 280, 283-285 y 311a BGB). A ello se refiere el propio § 275 en su párrafo (3) (p. 297).

<sup>301</sup> A diferencia de la propuesta de la Comisión del Derecho de obligaciones, en la que los casos de imposibilidad no constituían un caso especial de resolución sino que se sometían al supuesto de hecho general del § 323 BGB-KE, en concreto, de su párrafo (2) (1) (*Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts*, p. 436).

<sup>302</sup> § 326 (1) (1) BGB: “Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 oder 2 nicht zu leisten, entfällt der Anspruch auf die Gegenleistung”.

<sup>303</sup> “(...) kann der Gläubiger zurücktreten”.

normas del enriquecimiento injusto (así lo establece el § 326 (4) BGB<sup>304</sup>).

Si el acreedor no quiere resolver el contrato, **puede optar por mantenerlo** y exigir la entrega de la indemnización por el objeto debido o la cesión de las acciones de indemnización (§ 285 BGB), en cuyo caso, el acreedor sigue obligado a realizar su contraprestación aunque reducida en la medida en que el valor de la indemnización sea inferior al valor de la prestación debida (§ 326 (3) BGB).

*c. La imposibilidad sobrevenida no imputable y la resolución en los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales*

[156] El Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (en adelante UNIDROIT) ha elaborado unos Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales (en adelante *UNIDROIT Principles*) publicados en 1994<sup>305</sup>. A pesar de que estos Principios no constituyen un instrumento obligatorio, se les reconoce un papel importante, en concreto, las soluciones modernas y funcionales que se adoptan en ellos pretenden servir de fuente de inspiración a los legisladores internacionales y nacionales de cara a la elaboración de una nueva legislación en el ámbito del Derecho de los contratos<sup>306</sup>. Veamos pues, cuáles son las soluciones que estos Principios prevén para los casos que hemos denominado imposibilidad sobrevenida no imputable.

<sup>304</sup> § 326 (4): "Soweit die nach dieser Vorschrift nicht geschuldete Gegenleistung bewirkt ist, kann das Geleistete nach §§ 346 bis 348 zurückbleibt".

<sup>305</sup> La decisión de la elaboración de un trabajo de este tipo se remonta al año 1971, momento en el que comienzan los estudios preliminares relativos a la posibilidad de la realización de un proyecto como éste. Fue en 1980 cuando se creó un grupo especial de trabajo. El resultado final del trabajo llevado a cabo durante tantos años lo constituyen los Principios de UNIDROIT que fueron publicados en 1994.

[157] A pesar de que los Principios de UNIDROIT no regulan expresamente los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable, es fácil determinar cuáles son las consecuencias que provoca en el contrato el hecho de que una de las prestaciones se vea afectada por ella.

En primer lugar, hay que resaltar que la imposibilidad sobrevenida no imputable encaja perfectamente en la noción de **incumplimiento** que los Principios manejan. Dicha noción aparece prevista en el **artículo 7.1.1 UNIDROIT Principles** en los siguientes términos: “Incumplimiento es la falta de ejecución por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones contractuales, e incluye tanto el cumplimiento defectuoso como el tardío”. De esta definición resaltamos dos características: 1) que incluye **todas las formas de incumplimiento** (y por tanto, la falta total de cumplimiento por imposibilidad); 2) que en ella encaja tanto el **imputable** como el **no imputable al deudor**<sup>307</sup>. Por tanto, en el incumplimiento se integra el caso de imposibilidad de la prestación del deudor por causa no imputable a él.

En el siguiente paso —comprobar si, en este tipo de incumplimiento, procede la resolución por incumplimiento—, hay que acudir al **artículo 7.3.1 UNIDROIT Principles** que regula dicho remedio bajo la denominación: **derecho a dar por terminado el contrato**<sup>308</sup>. Según lo previsto en el apartado (1) de este precepto: “Una parte podrá dar por terminado un contrato si la falta de la otra parte al cumplir una de sus obligaciones contractuales constituye **incumplimiento esencial**”. El requisito imprescindible para que proceda

---

<sup>306</sup> Preámbulo de los *UNIDROIT Principles*.

<sup>307</sup> Si bien, hay que tener en cuenta que, conforme al artículo 7.1.2 *UNIDROIT Principles*, el acreedor no podrá dar por terminado el contrato por existencia de incumplimiento, cuando el deudor no haya podido cumplir como consecuencia de la conducta del acreedor o de un riesgo asumido por éste.

<sup>308</sup> En los Principios se evita, de forma intencionada y en la medida de lo posible, la terminología propia de un sistema jurídico particular, para facilitar su aplicación con independencia de cuál sea la tradición jurídica de los países en los deben ser aplicados.

la resolución, es la existencia de un incumplimiento esencial<sup>309</sup>. El artículo 7.3.1. (2) *UNIDROIT Principles* enumera una serie de circunstancias que son relevantes en la determinación de cuándo, llegado el caso, la falta de cumplimiento constituye un incumplimiento esencial<sup>310</sup>. Creemos que no hay objeciones para que la imposibilidad física o jurídica, pueda ser contemplada como un incumplimiento en el sentido del artículo 7.3.1. (2) (a) *UNIDROIT Principles*, porque privan a la otra parte de lo que podía esperar del contrato, y esto estaba claro o debía estarlo para el obligado, porque nadie hubiese contratado un incumplimiento imposible<sup>311</sup>. Según el artículo 7.3.2 *UNIDROIT Principles*, con carácter general y sin que los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable constituyan una excepción, el derecho de una parte a dar por terminado el contrato se ejercita **mediante una comunicación a la otra parte**.

Para completar el análisis de los efectos que provoca la existencia de imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor, queda hacer referencia al artículo 7.1.7 *UNIDROIT Principles*. Este precepto, bajo la rúbrica «fuerza mayor»<sup>312</sup>, establece en su apartado (1) que “el

<sup>309</sup> SCHLECHTRIEM recalca que en el ámbito de los *UNIDROIT Principles* no es importante si el cumplimiento ha devenido imposible o si el obligado simplemente no quiere cumplir. (“Terminations of contracts under the Principles”, pp. 249 a 269, p. 259).

<sup>310</sup> Artículo 7.3.1.(2) *UNIDROIT Principles*: “Para determinar si la falta de cumplimiento de una obligación constituye un incumplimiento esencial se tendrá en cuenta, en particular, si:

- (a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado;
- (b) el cumplimiento estricto de la obligación insatisfecha era esencial dentro del contrato;
- (c) el incumplimiento fue intencional o temerario;
- (d) el incumplimiento le otorga a la parte perjudicada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra;
- (e) la terminación del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o cumplimiento”

<sup>311</sup> Así lo reconoce expresamente SCHLECHTRIEM (“Terminations of contracts under the Principles”, p. 259).

<sup>312</sup> En el Comentario al artículo se afirma que dicho precepto cubre el dominio regido en los sistemas de *Common law* por las doctrinas de la *frustration* y de la imposibilidad de ejecución, y en los sistemas de *Derecho civil* por las doctrinas de la fuerza mayor, *Unmöglichkeit*, etc..., pero que no es idéntico a ninguna de ellas. La denominación escogida de “fuerza mayor”, lo es porque resulta ampliamente

incumplimiento de una parte es excusable si dicha parte prueba que se debió a un impedimento ajeno a su control y que no cabía esperar razonablemente al momento de celebrarse el contrato, o que hubiese evitado o superado tal impedimento o sus consecuencias”. En los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor, dicho deudor podría alegar este precepto, pero no para oponerse al ejercicio por el acreedor del derecho a dar por terminado el contrato, sino, únicamente, para **exonerarse de la reparación de los daños**. La finalidad de este artículo no es limitar el derecho del acreedor a dar por terminado el contrato, sino exonerar al deudor de la reparación de los daños. El apartado (4) del artículo<sup>313</sup> deja clara la posibilidad del acreedor de recurrir al remedio de la terminación del contrato por incumplimiento<sup>314</sup>.

**d. La resolución en la Convención de Naciones Unidas sobre Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980<sup>315</sup>**

[158] Algo muy parecido a lo que acabamos de apuntar respecto de los *UNIDROIT Principles* sucede en la *CISG* que tampoco contiene una regulación específica de la imposibilidad sobrevenida no imputable. Según lo previsto en el **artículo 45 CISG**, en caso de incumplimiento del vendedor de “cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención”, el comprador dispone de los remedios previstos en los artículos 46 a 52 *CISG* (entre los que se

---

utilizada en la práctica comercial internacional (*UNIDROIT, Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, Roma, 1995, p. 182).

<sup>313</sup> Artículo 7.1.7 (4) *UNIDROIT Principles*: “Nada de lo dispuesto en este artículo impedirá a una parte ejercitar el derecho a dar por terminado el contrato, o a aplazar su cumplimiento o reclamar intereses por el dinero que se le debe.”

<sup>314</sup> CLEMENTE MEORO, llega a la conclusión de que conforme a lo previsto en dicho precepto “la terminación del contrato no es un efecto automático de la imposibilidad sobrevenida”, (*La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, núm. 222).

<sup>315</sup> Ratificada por España el 17 de julio de 1990 (fecha del instrumento de adhesión) publicado junto con el texto de la Convención en el BOE de 30 de enero de 1991.

incluye la resolución), y junto a ellos de la indemnización por daños y perjuicios prevista en los artículos 74 a 77 *CISG*. En términos análogos se expresa el **artículo 61 *CISG*** respecto del incumplimiento del comprador. Estos dos preceptos permiten afirmar que **cualquier infracción de la regla contractual** (da igual su forma, falta de cumplimiento, cumplimiento retrasado, cumplimiento defectuoso, parcial...) constituye **incumplimiento** a los efectos de la Convención, y ello con independencia de la existencia o no de culpa en el contratante incumplidor, con lo que la imposibilidad sobrevenida no imputable encaja perfectamente en la noción de incumplimiento que maneja la *CISG*. Aunque la existencia de incumplimiento permite al acreedor acudir a los remedios frente al mismo, no dispone de todos ellos de la misma manera.

En principio, no se plantean inconvenientes para considerar que, en caso de imposibilidad sobrevenida no imputable, el acreedor dispone del remedio resolutorio puesto que el presupuesto del mismo es un “incumplimiento esencial” en cuya definición no juega ningún papel la imputabilidad del mismo al deudor. Así, el **artículo 49 *CISG*** contempla la posibilidad de que el comprador opte por el remedio resolutorio cuando exista un **incumplimiento esencial** —definido en el art. 25 *CISG* como aquél que “cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación”—, o cuando exista una *falta de entrega de las mercaderías* y el vendedor haya dejado transcurrir el *plazo adicional* fijado por el comprador —en virtud del artículo 47.1 *CISG*<sup>316</sup>— para que

---

<sup>316</sup> El artículo 47 *CISG* contempla la posibilidad de que el comprador fije un plazo suplementario al vendedor para que proceda al cumplimiento de las obligaciones que le incumben. Dicho plazo ha de ser

procediera a la entrega o bien, haya manifestado que no efectuará la entrega en dicho plazo. De forma análoga el **artículo 64 CISG** contempla la facultad resolutoria en beneficio del vendedor. Este precepto establece que para que el vendedor disponga de dicho remedio es necesario que exista un **incumplimiento esencial**, o bien, tratándose de la obligación de *pagar el precio*, el comprador no la cumpla en el plazo adicional fijado por el vendedor en virtud del artículo 63 CISG o declare que no la va a cumplir.

De forma unitaria, tanto para la resolución ejercitada por el comprador como por el vendedor, la CISG establece como regla general y sin excepciones que la resolución opera mediante **declaración unilateral de voluntad recepticia** (art. 27 CISG).

### *Valoración final*

[159] En definitiva, en Derecho español, la imposibilidad sobrevenida no imputable puede ser causa de resolución conforme a lo previsto en el artículo 1124 CC. De acuerdo con la regla general, el acreedor tiene que hacer valer la resolución para que ésta produzca sus efectos.

Esta solución, —plenamente coherente con lo previsto en nuestro Código civil, que no contempla un régimen especial de resolución en caso de imposibilidad sobrevenida no imputable— es positiva y razonable.

(1) Permite al acreedor mantener el contrato cuando ello le ofrezca más ventajas que su resolución (v. gr. cuando tenga interés en el *commodum repræsentationis*).

---

de una duración razonable; además, durante su pendencia, el comprador —que no pierde por ello el derecho a exigir la indemnización de daños y perjuicios por el retraso en el cumplimiento—, no puede ejercitar acción alguna por incumplimiento, a no ser que haya recibido una comunicación del vendedor anunciando que no cumplirá.



(2) Aporta una mayor certeza jurídica que la solución de la resolución automática:

(a) La resolución automática no evita que exista litigiosidad entre las partes sobre la concurrencia de los presupuestos de la imposibilidad sobrevenida no imputable (con la incertidumbre existente hasta que una decisión judicial declare su procedencia o improcedencia).

(b) Mientras que la resolución automática opera al margen del conocimiento de las partes, en la resolución por declaración del acreedor, ambas partes tienen conocimiento de su existencia.

(3) Esta solución coincide con la que el moderno Derecho comparado y uniforme ofrece en estos casos.

[160] El régimen general que rige en los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable, esto es, inexistencia de una resolución automática y posibilidad del acreedor de acudir al remedio resolutorio del artículo 1124 CC (siempre que no haya una norma que le atribuya el riesgo al propio acreedor, *v.gr.* art. 1452 CC), se verá desplazado en aquellos casos en los que el legislador haya previsto una solución específica.

#### ***E. EXCEPCIONES AL CARÁCTER NO AUTOMÁTICO DE LA RESOLUCIÓN EN LOS CASOS DE IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA NO IMPUTABLE***

[161] En casos concretos, el CC prevé expresamente una resolución automática como consecuencia de dicha imposibilidad.

Así, en la regulación específica de determinadas figuras contractuales y en determinados casos de imposibilidad sobrevenida no

imputable, el legislador español ha considerado oportuno desmarcarse del régimen general y establecer una **extinción automática de la relación obligatoria**. Se trata de casos en los que ni siquiera se plantea la existencia de un *commodum* y no existen alternativas viables distintas a la extinción de la relación obligatoria. Veamos cuáles son.

### **1. Muerte o incapacidad no imputable del contratista o prestador de servicios en los contratos *intuitu personæ***

[162] El primer ejemplo lo encontramos en el marco del **contrato de obra**, en concreto, en el **artículo 1595 CC**. Según lo previsto en el primer párrafo de dicho precepto: cuando se ha encargado cierta obra a una persona **por razón de sus cualidades** (obligación de carácter personalísimo)<sup>317</sup> “el contrato se rescinde por la **muerte de esa persona**”. A ello hay que añadir lo previsto en el tercer párrafo del mismo precepto: “lo mismo se entenderá si el que contrató la obra **no puede acabarla por alguna causa independiente de su voluntad**”<sup>318</sup>.

<sup>317</sup> Señala SALVADOR CODERCH, P., que para determinar el carácter personalísimo de la prestación a realizar por el contratista es necesario acudir a la interpretación del contrato integrada con criterios de “usualidad” y en la duda no ha de presumirse que se ha contratado por intuición a la persona del contratista si ello no resulta del contrato ni es práctica usual hacerlo así, “en contrato de obra el carácter personalísimo es excepción y no regla” (“Artículo 1595 CC” en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, II, 2ª ed., Madrid, 1993, p. 1204); DELGADO también insiste en que en nuestro ordenamiento no se presupone el *intuitu personæ* en el contrato de obra, y por tanto, quién lo afirme debe probarlo (LACRUZ, J.L. et al., *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 2º, nueva ed. revisada y puesta al día por RIVERO FERNÁNDEZ, Madrid, 1999, núm. 487), recientemente, en el mismo sentido, GONZÁLEZ POVEDA, P. en el Comentario al “Artículo 1595 CC” en *Comentario del Código civil*, coordinado por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, tomo 7 “Arts. 1315 al 1789”, Barcelona, 2000, pp. 678 a 679, p. 679.

<sup>318</sup> Aunque en este tercer párrafo del artículo 1595 CC no se vuelve a hacer referencia a que el contrato se haya hecho *intuitu personæ*, se ha de entender que dicho presupuesto establecido en el párrafo primero del precepto se considera implícito en este tercer párrafo. Así lo entienden LUCAS FERNÁNDEZ, A., (“Artículo 1595”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por Manuel ALBALADEJO, tomo XX, vol. 2º, “Artículos 1583 a 1603 del Código civil”, Madrid, 1986, pp. 423 a 436, p. 436), SALVADOR CODERCH (“Artículo 1595 CC”, *Comentario del Código civil*, p. 1204) y GONZÁLEZ POVEDA, (en el Comentario al “Artículo 1595 CC” en *Comentario del Código civil*, coordinado por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, tomo 7 “Arts. 1315 al 1789”, Barcelona, 2000, pp. 678 a 679, p. 679). Sin embargo, DELGADO considera que el tercer apartado del artículo 1595 resulta aplicable a todo contrato de obra independientemente de las cualidades del contratista (LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 2º, núm. 487).

Aunque existen discrepancias sobre el alcance de este último supuesto, nos parece acertada la opinión que defiende que se ha de tratar de causas que recaigan sobre la persona del propio contratista (v. gr. incapacidad física, psíquica e incapacitación (jurídica))<sup>319</sup>.

En ambos casos —muerte del contratista e imposibilidad de acabar la obra por causa que no le sea imputable—, el **contrato se resuelve** y el comitente tiene que abonar el valor de la parte de la obra ya realizada en proporción al precio convenido<sup>320</sup>, pero no el resto<sup>321</sup>. En cuanto a los materiales, deberá abonar los materiales que ya estaban preparados para ser empleados, siempre que le reporten algún beneficio<sup>322</sup> (art. 1595.II CC). La solución prevista en Código civil, lleva consigo la distribución

<sup>319</sup> GONZÁLEZ POVEDA, "Art. 1595 CC", p. 679. De hecho, el artículo 1577.II del Proyecto de Ley por el que se modificaba la regulación del Código civil sobre los contratos de servicios y de obra establecía como causas de extinción del contrato cuando era *intuitu personae*: la muerte y la pérdida sobrevenida no imputable de las cualidades del contratista, reiterando lo dispuesto en el art. 1595 CC pero aclarando que la imposibilidad de realizar la obra se ha de deber a causas que recaigan sobre la persona del contratista (CORDERO LOBATO, E., "Notas al Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra", *R.D.P.*, núm. 79, 1995, pp. 875 a 898, p. 889. Sin embargo SALVADOR CODERCH después de reconocer que en el tercer párrafo del art. 1595 CC hay que incluir los supuestos de incapacidad física o psíquica y de incapacitación jurídica, afirma que "las causas no han de recaer necesariamente sobre la persona del contratista (p. 1205).

Recientemente, CASTILLA BAREA ha propuesto una interpretación conjunta de los arts. 1589, 1590 y 1595 CC según la cual, el art. 1595 CC regula de modo general la imposibilidad sobrevenida de la prestación en el contrato de obra (independientemente de que el contrato sea o no *intuitu personae*); sostiene que el contratista que se ve afectado por un caso de imposibilidad sobrevenida fortuita, podrá pedir que el contrato se resuelva y esta resolución no tendrá efecto retroactivo. (para más detalles, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, pp. 447 a 454). Son varias las razones que nos llevan a rechazar esta interpretación, a nuestros efectos nos interesa resaltar dos: la primera supone una ampliación del supuesto de hecho contemplado en la norma, (aplicación del art. 1595 a supuestos en los que el contrato no se ha celebrado *intuitu personae*), y la segunda es que la consecuencia jurídica que le atribuye obvia que en este precepto se prevé una resolución del contrato que opera sin necesidad de declaración de las partes.

<sup>320</sup> Es importante resaltar que se tiene en cuenta el precio establecido contractualmente, no el valor real de la parte acabada (SALVADOR CODERCH, p. 1205). Sobre este aspecto resalta SERRA DOMÍNGUEZ que no es más que la retribución de la actividad del contratista que por causas a él no imputables se ve imposibilitado en la consecución de la obra, con lo que no se puede decir que se prescinda de cualquier consideración en torno a la actividad personal prestada (SERRA DOMÍNGUEZ, A., *La relación de servicios del abogado*, Valencia, 1999, pp. 135 a 136).

<sup>321</sup> Consecuentemente la parte de la obra pagada por adelantado que luego no se ejecute puede ser reclamada (ej. solicitud del reembolso de las entradas del espectáculo que se suspende por causas no imputables al contratista, como puede ser la enfermedad repentina del artista). LACRUZ *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 2º, núm. 487.

<sup>322</sup> Respecto de este punto señala SALVADOR CODERCH que a diferencia de la otra partida a abonar, en este caso se trata de una acción de enriquecimiento, "(l)a utilidad a la que se refiere el artículo es probablemente directa e inmediata: relacionada con la obra y sin necesidad de traficar con los materiales para obtener un beneficio de ellos (se trata, recuérdese, de materiales «preparados»)." (p. 1205).

entre ambos contratantes del riesgo contractual: el acreedor tiene que ejecutar su contraprestación, pero sólo en la parte equivalente a la parte de obra realizada<sup>323</sup>.

[163] La particularidad de estos casos se encuentra en que desaparece la propia idoneidad del sujeto para cumplir en una relación basada en el *intuitu personæ*. Por esta razón, creemos que no hay inconveniente en la extensión de la solución apuntada por el legislador, en el ámbito del contrato de obra, al **contrato de servicios** previsto en el **artículo 1544 del CC** (nos referimos al contrato de prestación de servicios de un profesional liberal<sup>324</sup>) cuando dicho contrato se ha celebrado con una persona en atención a sus cualidades personales<sup>325</sup>. En estos casos, cuando la persona se muere o pierde la idoneidad para cumplir la actividad contratada por causa que no le es imputable, el contrato se resuelve<sup>326</sup> y el acreedor debe abonar la parte de servicio ya ejecutada.

[164] Tanto en un caso como en otro se libera al sujeto cuando claramente ha perdido su idoneidad para cumplir la prestación de carácter personal (por causa no imputable), supuesto distinto a aquel en el que en el marco de una obligación de dar, se produce la extinción fortuita de la cosa. Por esta razón no consideramos oportuno plantear la

<sup>323</sup> PANTALEÓN, "Incumplimiento", *E.J.B.*, p. 3508.

<sup>324</sup> Los servicios de las profesiones liberales no son siempre objeto de un contrato de servicios, en ocasiones nos encontramos en presencia de un contrato de obra. Como ejemplo de esto último, señalan DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, el caso en el que un letrado se obliga a realizar un dictamen mediante retribución (*Sistema de Derecho civil*, II, p. 391).

<sup>325</sup> Respecto de este tipo de contratos afirman DÍEZ-PICAZO y GULLÓN que "es usual la celebración de este contrato en contemplación a las cualidades del que ha de prestarlo, y de una manera que sea conforme a los *usos profesionales*... La prestación personal no excluye, por supuesto, la posibilidad de valerse de auxiliares o colaboradores, pero bajo la directa supervisión y responsabilidad del arrendatario" (*Sistema de Derecho civil*, II, p. 391); en el mismo sentido LACRUZ *et al.*, *Elementos de Derecho civil*, II, núm. 493) y CAPILLA RONCERO, F., "Arrendamiento de servicios (Dº Civil)", *E.J.B.*, vol. I, Madrid, 1995, p. 575.

<sup>326</sup> Así lo contemplan expresamente DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho civil*, II, p. 393). Y SERRA DOMÍNGUEZ, *La relación de servicios del abogado*, p. 216.

equiparación de estos casos al de pérdida de la cosa y a la opción del acreedor de exigir el *commodum* en virtud del artículo 1186 CC. Quizá por ello, al no existir ninguna razón que justifique el mantenimiento en pie la relación obligatoria, el legislador ha optado por declarar la resolución automática de la relación.

## 2. Pérdida de la cosa arrendada

[165] Mayores problemas plantea lo previsto en el **artículo 1568 CC**, que respecto del **arrendamiento de cosas** se limita a declarar que si se pierde la cosa arrendada se observará lo dispuesto en los artículos 1182 y 1183 CC, que ha sido interpretado por la jurisprudencia en el sentido de que se **extingue de pleno derecho la relación arrendaticia**<sup>327</sup>. La duda que se suscita en el marco del artículo 1568 CC respecto a cuál es la suerte de la relación contractual aparece claramente resuelta tanto en la Ley de arrendamientos urbanos como en la Ley de arrendamientos rústicos. El **artículo 28 de la LAU**<sup>328</sup> declara que el contrato de arrendamiento se extinguirá “por **pérdida de la cosa arrendada no imputable al arrendador**”<sup>329</sup>; en términos similares, el **artículo 82.1 de la LAR** establece que el arrendamiento queda extinguido sin derecho a indemnización para ninguna de las partes cuando **la finca dada en**

<sup>327</sup> Así las SSTS de 3 de marzo de 1951, y 17 de marzo de 1952.

Se ha dado una explicación a esta norma desde el plano de los requisitos esenciales del contrato. Así se ha dicho que en caso de pérdida de la cosa arrendada falta uno de los requisitos esenciales del contrato, el objeto, (según el artículo 1261 en los casos en los que al celebrarse el contrato falta el objeto el contrato es nulo), pero en los casos de contrato de tracto sucesivo, como el arrendamiento, ha de operar su extinción cuando éste desaparezca (LUCAS FERNÁNDEZ, “Artículo 1568” en *Comentario del Código civil*, II, 2ª ed., Madrid, 1993, p. 1131 a 1133).

<sup>328</sup> Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos.

<sup>329</sup> Respecto de este precepto DÍEZ-PICAZO y GULLÓN declaran que “en realidad lo que quiere decirse es que el contrato se extingue sin ninguna responsabilidad para él (arrendador), pues, aunque la causa le sea imputable o al arrendatario es obvio que el contrato se ha quedado sin objeto” (*Sistema de Derecho civil*, II, p. 349).

**arrendamiento se pierde totalmente por caso fortuito o fuerza mayor<sup>330</sup>.**

La solución de la extinción automática de la relación arrendaticia cuando se pierde la cosa arrendada por causa no imputable al arrendador — prevista en el artículo 28 LAU y en el artículo 82 LAR—, implica un desplazamiento del régimen general del artículo 1124 CC, por voluntad del propio legislador. Puede tener su razón de ser en la propia naturaleza del contrato de arrendamiento. Si el arrendamiento es el intercambio de la utilidad que presta una cosa por precio (y se produce en tracto sucesivo), es razonable que se extinga cuando se pierde la cosa arrendada. Ahora bien, si conectamos la subsistencia de la relación arrendaticia con la pretensión al *commodum*, aquí el *commodum* es muy discutible que funcione, pues no hay derecho a la cosa (lo que hay es derecho del arrendatario a que se le mantenga en el goce de la cosa)<sup>331</sup>.

## **V. LA IMPOSIBILIDAD SOBREVENIDA NO IMPUTABLE EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

[166] Examinada la cuestión en el marco doctrinal, falta por hacer un análisis de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo para ver qué solución da a los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable. Resulta especialmente importante para nosotros, comprobar si admite, tal y como defendemos, que la imposibilidad sobrevenida no imputable es un supuesto de incumplimiento subsumible en el artículo 1124 CC o, por

---

<sup>330</sup> En los casos de pérdida parcial el arrendatario podrá optar entre la continuación del arriendo con la reducción proporcional de la renta o pedir su resolución (art. 82.1 LAR).

<sup>331</sup> Nótese la diferencia que existe entre la relación arrendaticia y la relación real establecida en los supuestos de usufructo de edificio cuando éste perece (arts. 517 a 519 CC).

el contrario, considera que la dicha imposibilidad no es causa de resolución en virtud del artículo 1124 CC.

#### **A. EXPOSICIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

[167] La jurisprudencia en materia de imposibilidad de la prestación no imputable al deudor es muy numerosa, ello demuestra que existe una gran litigiosidad al respecto. Dicha litigiosidad, como vamos a comprobar, no se refiere tanto a si existe imposibilidad o si ésta es imputable, sino, precisamente a los efectos de la misma sobre la relación obligatoria.

Anticipamos que el Tribunal Supremo suele recurrir en estos casos al instituto de la **resolución**, pero no necesariamente a la resolución por incumplimiento prevista en el artículo 1124 CC. No se puede afirmar que exista una línea clara y constante del Tribunal Supremo sino que las soluciones aportadas, aunque pasan por la resolución o extinción de la relación obligatoria, contienen fundamentos dispares, que van desde la aplicación del artículo 1124 CC a la noción de causa del contrato.

Nuestro estudio se va a centrar en exponer las principales líneas jurisprudenciales y las consecuencias de cada una de ellas.

[168] Antes de comenzar, es necesario hacer una precisión respecto a la terminología empleada por el Tribunal Supremo. A diferencia de la doctrina —que de forma mayoritaria se refiere a los supuestos que nos ocupan con el término **imposibilidad sobrevenida fortuita o no imputable al deudor**—, el Tribunal Supremo huye de dicho vocablo (que por otro lado, no aparece recogido en el Código civil), y recurre a expresiones como “efectos de la fuerza mayor en las relaciones

sinalagmáticas”, o “hecho obstativo que de modo absoluto y definitivo impide el cumplimiento”.

**1. El «hecho obstativo que de modo absoluto y definitivo impide el cumplimiento»**

[169] Existe un importante grupo de sentencias que se refieren a la posibilidad de la aplicación del artículo 1124 CC en los casos de **«hecho obstativo que de modo absoluto y definitivo impide el cumplimiento»**. La cuestión que nos planteamos es la siguiente: ¿«imposibilidad sobrevenida no imputable» es equiparable a «hecho obstativo que de modo absoluto y definitivo impide el cumplimiento»?

[170] Para responder a la pregunta que acabamos de formular conviene acudir al origen de dicha expresión. Ello nos lleva a remontarnos a las sentencias del Tribunal Supremo de los años cuarenta. En concreto, a la **STS de 5 de julio de 1941**<sup>332</sup> en donde aparece por primera vez una fórmula que resultará muy repetida a lo largo de los años.

Dicha sentencia, en su considerando primero, declara que el 1124 CC es el precepto “(...) normativo de la llamada condición resolutoria tácita, o, acaso más exactamente, acción de resolución, lo mismo en sus orígenes más remotos —pacto de *“lex commissoria”*, sólo aplicable inicialmente a la venta— como en sus desarrollos ulteriores —condición latente en todas las convenciones sinalagmáticas— responde a un principio de equidad, según el cual, dada la condición recíprocamente subordinada, de las obligaciones bilaterales es razonable liberar a cualquiera de las partes intervinientes de las que privativamente les incumben, cuando la contraria deje incumplidas las suyas; principio

---

<sup>332</sup> STS de 5 de junio de 1941, R.A. 899.



fundamental que es fecundo en consecuencias prácticas, puesto que de él derivan el **carácter facultativo que a la acción de resolución se otorga**, en patente contraste con el régimen inexcusable de la condición resolutoria propiamente dicha y la potestad que a los Tribunales se atribuyen (*sic*) de moderar, prorrogándolo, el plazo de cumplimiento; lo que revela el inequívoco propósito de impedir, en homenaje al respeto que los contratos lícita y válidamente celebrados merecen, que se pronuncie la resolución del vínculo contractual en aquellos supuestos en que no se **patentice de modo indubitado, bien una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, bien un hecho obstativo que de modo absoluto, definitivo e irreformable lo impida.**"

En el caso que dio lugar a la sentencia, ni siquiera se planteaba la existencia de fuerza mayor; el Tribunal Supremo se limitó a denegar la resolución solicitada por estimar que no hubo incumplimiento del deudor (éste había realizado un ofrecimiento de pago pero no lo acompañó de una consignación).

La misma fórmula aparece enunciada en sentencias posteriores que deniegan la resolución solicitada por considerar que no concurre un incumplimiento. Curiosamente, en ninguna de ellas se plantea la existencia de un «hecho obstativo que de modo definitivo impida el cumplimiento»<sup>333</sup>.

Lo único que se extrae de estos pronunciamientos iniciales es que «hecho obstativo» se contrapone, como causa de resolución, a la «voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento». Pero no queda

<sup>333</sup> Así la STS de 9 de julio de 1941 (R.A. 905), considerando tercero; la STS de 28 de enero de 1944 (C.L., núm. 24; Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel de la Plaza) considerando cuarto; y la STS de 2 de enero de 1961 (C.L., núm. 1, Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Serrada Hernández) en su considerando quinto; STS de 13 de mayo de 1972 (R.A. 2394; Ponente: Excmo. Sr. D. Julio Calvillo Martínez) en su considerando segundo.

claro en qué consiste ese “hecho obstativo”, y en concreto, si comprende a la imposibilidad sobrevenida no imputable.

[171] La fórmula empleada por el TS induce a equívocos en cuanto a su interpretación.

De hecho, nos encontramos con sentencias que estiman que es necesario que el «hecho obstativo» **provenga de la voluntad del deudor** para que pueda dar lugar a la resolución del contrato prevista en el artículo 1124 CC. Así, por ejemplo, la **STS de 22 de octubre de 1985**<sup>334</sup>, en su Fundamento de Derecho tercero, considera causa de resolución “la ejecución por parte del comprador de un hecho obstativo que de un modo absoluto, definitivo e irreformable impida el cumplimiento...”; y la **STS de 30 de marzo de 1992**<sup>335</sup> que considera improcedente la resolución porque el hecho obstativo del cumplimiento era imputable a un tercero, no a una de las partes”. En ambas sentencias, el hecho obstativo que puede dar lugar a la resolución en el marco del artículo 1124 CC se equipara al realizado voluntariamente por el deudor imposibilitando el cumplimiento.

[172] Sin embargo, conforme al tenor de la máxima, es posible sostener que procede la resolución tanto si el hecho obstativo resulta imputable al deudor como si no. Y, aunque como pone de relieve de la Haza,<sup>336</sup> no existe un pronunciamiento expreso del TS equiparando el «hecho obstativo» a la «imposibilidad sobrevenida», lo cierto es que el significado literal de la expresión permite defender que decir que se ha producido un hecho que impide el cumplimiento es equivalente a decir

<sup>334</sup> STS de 22 de octubre de 1985 (R.A. 4963); Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz.

<sup>335</sup> STS de 30 de marzo de 1992; R.A. 2307; Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López.

<sup>336</sup> HAZA, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, p. 59.

que la prestación ha devenido imposible<sup>337</sup>. Una sentencia temprana como la STS de 10 de marzo de 1949<sup>338</sup> parece apuntarlo cuando afirma que existe una marcada tendencia al mantenimiento del vínculo contractual “en tanto no se patentice una voluntad deliberadamente rebelde a la ejecución de lo pactado, o un **hecho no imputable al deudor, que de modo absoluto y definitivo impida el cumplimiento...**”<sup>339</sup>. Así como numerosas decisiones jurisprudenciales que admiten que el hecho obstativo sea ajeno al comportamiento del deudor<sup>340</sup>.

En este último sentido ha sido interpretado por la mayoría de la doctrina que, de la máxima jurisprudencial descrita, extrae la conclusión de que el “hecho obstativo” es equiparable a la imposibilidad sobrevenida no imputable y constituye una posible caracterización del incumplimiento resolutorio<sup>341</sup>.

[173] Encuadrada de este modo la imposibilidad sobrevenida no imputable en el ámbito del artículo 1124 CC, permite sostener que el acreedor que quiera apartarse del contrato afectado de imposibilidad sobrevenida no imputable debe instar la resolución del mismo al amparo de dicho precepto.

<sup>337</sup> HAZA, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, p. 62.

<sup>338</sup> STS de 10 de marzo de 1949; C.L. núm. 62; Ponente: Excmo. Sr. D. Celestino Valledor.

<sup>339</sup> Considerando primero de la sentencia. El Tribunal casa la sentencia que estimaba la resolución solicitada por el vendedor, por estimar que existía un incumplimiento previo de éste.

<sup>340</sup> Una enumeración exhaustiva de estas sentencias en CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, núm. 218, nota al pie núm. 494.

<sup>341</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 719. Cossío y Gullón así lo defienden en la segunda edición del *Instituciones de Derecho civil*, II de Felipe Clemente de DIEGO, p. 57, ALBALADEJO, *Derecho civil II*, tomo VI, 7ª ed., p. 393, MARTÍNEZ SANCHÍZ, J.A. “El deterioro del pacto resolutorio en la jurisprudencia hipotecaria”, *A.D.C.*, 1989, fascículo IV, octubre-diciembre, p.1172, HAZA, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, p. 68. Y, últimamente, CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, núm. 218; CASTILLA BAREA, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, p. 474.

En contra ÁLVAREZ VIGARAY (*La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, p. 179 in fine 180) que sostiene que sólo debe admitirse la interpretación conforme a la

## 2. El efecto de la fuerza mayor sobre las obligaciones sinalagmáticas

[174] Al estudiar la máxima del «hecho obstativo» —como posible caracterización del incumplimiento resolutorio—, hemos dejado al margen una serie de decisiones jurisprudenciales que, precisamente, se ocupan de lo que denominamos, imposibilidad sobrevenida fortuita o no imputable al deudor.

Son muchos los casos en los que el Tribunal Supremo se ha encontrado ante un supuesto de imposibilidad sobrevenida no imputable y no ha acudido al expediente del «hecho obstativo» para resolverlo. Ahora, vamos a ocuparnos de una parte de ellos, que se caracterizan porque el Tribunal Supremo declara la resolución como efecto de la fuerza mayor sobre las obligaciones sinalagmáticas.

[175] Una de las primeras sentencias que encontramos en el sentido apuntado es la **STS de 16 de mayo de 1941**<sup>342</sup> que, en *obiter dictum*, —pues en el caso concreto estimó que no existió fuerza mayor—, afirma “que la fuerza mayor opera unas veces en forma definitiva extinguiendo la prestación del deudor, pero privándole a la vez del derecho a exigir la prestación correlativa y otras veces opera en forma transitoria retardando el cumplimiento de la obligación y eximiendo de la indemnización por mora, caso éste en que generalmente la obligación revive al cesar la actualidad de la fuerza mayor, salvo que el contrato haya perdido su valor por no ser posible ya conseguir la finalidad perseguida por las partes...”<sup>343</sup>

---

cual, “hecho obstativo” consiste en la imposibilidad culpable del deudor. Y JORDANO, *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria*, 1992, p. 89.

<sup>342</sup> STS de 16 de mayo de 1941; R.A. 630.

<sup>343</sup> Considerando séptimo de la sentencia. En el mismo sentido se pronuncia la **STS de 4 de febrero de 1947**; C.L. 33. R.A. 139; Ponente: Excmo. Sr. D. Celestino Valledor, considerando tercero.

Es cierto que un pronunciamiento de este tipo no deja del todo claro si la resolución se produce a través del artículo 1124 CC o, por el contrario, tiene efectos automáticos.

[176] Sin embargo, en una sentencia posterior, el Tribunal Supremo es más explícito. Nos referimos a la conocida sentencia de **25 de octubre de 1946**<sup>344</sup> que relaciona los efectos de la fuerza mayor con la facultad resolutoria del artículo 1124 CC. Sentencia especialmente interesante por lo que nos detendremos en su exposición.

Las partes litigantes habían celebrado en Salamanca un contrato de arrendamiento de un frontón destinado al juego de pelota vasca. Se estableció una duración del contrato de cinco años y los arrendadores se comprometieron a tenerlo construido antes de agosto de 1936, o en un plazo posterior si por causa ajena a la voluntad de los constructores no pudiera terminarse. La construcción del frontón se terminó en el mes de agosto de 1937, tiempo convenido para comenzar el uso y disfrute del edificio que iba a ser destinado al juego de pelota vasca por el arrendatario. Los arrendadores, ante la imposibilidad de entregárselo al arrendatario por encontrarse aquél incomunicado en Madrid a causa de la guerra, decidieron realizar ellos mismos la explotación del frontón. Continuaron con dicha explotación hasta que finalizado el aislamiento de Madrid, se les requirió notarialmente (25 de abril de 1939) para que hicieran entrega del frontón al arrendatario.

El arrendatario presentó demanda de cumplimiento de contrato y los arrendadores se opusieron alegando la resolución de las obligaciones por causa de la Guerra civil. Los arrendadores presentaron recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia que declaró la validez del contrato. En su recurso de casación, alegaron, entre otros motivos, que dado que el arrendatario se encontraba imposibilitado de cumplir sus obligaciones por fuerza mayor, fue lícito y legal que los arrendadores quedaran exentos de las que les correspondían.

En la fundamentación jurídica de la Sentencia, el Tribunal Supremo declara que la sala sentenciadora dedujo con acierto, que ni el arrendatario incurrió en responsabilidad alguna por el incumplimiento de

---

<sup>344</sup> STS de 25 de octubre de 1946; C.L. 226 y R.A. 1183; Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Ruiz Gómez.

la obligación que por el contrato le incumbía de recibir el frontón y dedicarlo desde su terminación al juego de pelota vasca, ni los arrendadores infringieron sus obligaciones por la explotación directa de este negocio, dado que a la conducta de ambas partes resulta aplicable el artículo 1105 CC por el suceso imprevisto e inevitable para ellos de la guerra<sup>345</sup>.

Sin embargo, dictamina que las conclusiones extraídas por el tribunal *a quo* no son correctas pues "**... si bien el incumplimiento de su obligación por el arrendatario no origina para él ninguna responsabilidad por los daños y perjuicios causados a los arrendadores por este incumplimiento, éste produce en todo caso respecto a las obligaciones recíprocas de aquéllos, el efecto determinado en el artículo 1124 del Código civil, atribuyéndoles la facultad de resolverlas, como hicieron los arrendadores por voluntad, implícitamente supuesta, en sus actos de explotación directa del juego de pelota en el frontón, única razón que justifica la proposición de la sentencia recurrida, de que los arrendadores no quebrantaron el contrato con su explotación directa, ya que esta proposición es contradictoria con la de la subsistencia indefinida de las obligaciones nacidas del contrato, sólo respecto a las de los arrendadores, pese al incumplimiento de las del arrendatario, siquiera fuese por un suceso imprevisto e inevitable.**"<sup>346</sup>

Esta sentencia constituye la primera decisión jurisprudencial que hemos encontrado que aplica el artículo 1124 CC a un supuesto de imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor. Además, deja claramente expuesto que dicha resolución no opera de forma automática,

---

<sup>345</sup> Considerando segundo.

<sup>346</sup> Considerando tercero. En el Considerando cuarto insiste en el hecho de que la explotación directa del negocio de juego de pelota por los arrendadores es una facultad o derecho de los mismos que supone una

sino que se trata de una facultad atribuida al acreedor; circunstancia que ha sido puesta de relieve por nuestra doctrina. Prueba de ello lo constituyen las afirmaciones de Díez-Picazo que comentando esta sentencia declara que de ella se puede extraer: "Que es incumplimiento, en el sentido de dicho artículo (art. 1124 CC), toda inejecución de una obligación contractual, aunque obedezca a un suceso imprevisto e inevitable y, por consiguiente, a una causa de fuerza mayor. La imposibilidad de la prestación penetra así en el marco del referido precepto legal y permite la resolución"<sup>347</sup>.

[177] A pesar de la claridad con la que se ha expresado esta Sentencia, nos encontramos con decisiones jurisprudenciales posteriores que parecen reconocer ciertos efectos automáticos a la resolución que tiene lugar por imposibilidad sobrevenida no imputable.

Así sucede con la **STS de 10 de diciembre de 1963**<sup>348</sup> respecto a un contrato de arrendamiento de dos monterías que se había celebrado para una determinada temporada y la autoridad administrativa había enviado una comunicación ordenando la suspensión de todas las partidas de caza.

Ante esta situación, el arrendatario presentó demanda solicitando que se declarase la resolución del contrato y la condena al demandado a la devolución de las cantidades abonadas en virtud del contrato. El demandado se opuso y solicitó su absolución alegando que él no había consentido ni autorizado los actos de la Administración.

---

resolución tácita del contrato. De este interesante aspecto: admisión de una resolución tácita nos ocuparemos más adelante, al estudiar el posible ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria

<sup>347</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. I, 2ª ed. reimpresión, Madrid, 1979 p. 538.

<sup>348</sup> STS de 10 de diciembre de 1963; R.A. 5220; Ponente: Excmo. Sr. D. Tomás Ogáyar Ayllón.

Declarada la resolución del contrato, el TS estima no haber lugar al recurso interpuesto por el arrendador que se basaba fundamentalmente en el hecho de que estaba exento de responsabilidad por la fuerza mayor que supone la injerencia administrativa. En concreto, el TS declara que "al estimarse correctamente por la Sala sentenciadora que **la prohibición administrativa** de las dos monterías concertadas para determinada temporada **extingue la prestación del deudor, tal extinción produce como efecto la rescisión del contrato**, pues no es lícito ni jurídico que -cual declaran las sentencias de 16 mayo 1941, 4 febrero 1947 y 24 de septiembre 1953<sup>349</sup>-, en materia de obligaciones recíprocas un contratante pueda por fuerza mayor dejar de cumplir el servicio prometido y a la vez exigir el pago del precio estipulado para la prestación no efectuada, y ello es así porque se produce una ineficacia contractual por hechos sobrevenidos con posterioridad a la celebración del acto..."<sup>350</sup>.

### 3. La frustración del fin práctico y la resolución del contrato

[178] Existe un número importante de sentencias que, en casos calificados de imposibilidad sobrevenida no imputable, omiten la referencia al artículo 1124 CC y recurren al argumento de la **frustración del fin práctico** perseguido en el contrato para conceder la resolución instada por el acreedor; de esta forma, evitan entrar a valorar el

<sup>349</sup> STS de 24 de septiembre de 1953; C.L. núm. 298 y R.A. 2277; Ponente: Excmo. Sr. D. Celestino Valledor.

<sup>350</sup> Aunque es cierto que en el tenor literal de la sentencia no aparece mencionado el artículo 1124 CC, de hecho, ni siquiera se emplea el término «resolución», sino que se hace referencia a una «ineficacia contractual», el propio ponente de la sentencia, en un estudio monográfico sobre este precepto deja clara la solución. Según este autor, cuando en el marco de una relación obligatoria bilateral, por caso fortuito o fuerza mayor no es posible el cumplimiento de la obligación de una de las partes, *se extingue también la de la otra al mismo tiempo*, y aclara, "esto es, *se resuelve la obligación y se libera a ambas partes*", y todo ello, *al amparo del artículo 1124 CC*. A favor de esta solución cita la STS de 10 de diciembre de 1963; (OGÁYAR AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral*, pp. 169-170).



comportamiento del deudor, y admiten el recurso a la resolución con independencia de cuál haya sido la causa que ha dado lugar al incumplimiento. Muestra de lo que acabamos de apuntar son las siguientes sentencias:

[179] a.- En el caso resuelto por la STS de 30 de diciembre de 1985<sup>351</sup> se había celebrado un contrato en virtud del cual T se obligaba a entregar una finca a B a cambio de una cantidad de dinero, un apartamento y un local del complejo turístico que B proyectaba realizar en dicha finca. La Administración no concedió las licencias pertinentes para edificar.

Ante la imposibilidad de llevar a cabo las obras proyectadas, T hace un requerimiento notarial a B en el que da por resuelto el contrato y le ofrece la devolución de la cantidad de dinero percibida. B demanda a T solicitando que se declare la validez del contrato y, en reconvencción, éste solicita la resolución del contrato. T presenta recurso de casación contra la sentencia que estima la demanda. El TS admite el recurso y declara resuelto el contrato.

El TS afirma que hay que tener en cuenta “la **finalidad perseguida por los contratantes**, que no es el simple trueque de cosas por precio, sino la construcción de unos apartamentos, hasta tal punto que viene a configurarse como la **verdadera causa del contrato** (...) cuyo concepto (...) tiene ciertamente un sentido objetivo en la definición genética del artículo 1274 (...) ajeno a la intención o finalidad subjetiva de los contratantes, que la jurisprudencia clásica tuvo buen cuidado de mantener, pero que es totalmente compatible con la posibilidad de que los móviles o motivos particulares puedan llegar a tener trascendencia jurídica, cuando se incorporan a la declaración de voluntad en forma de condición o modo, viniendo a constituir parte de aquella, a manera de

causa impulsiva y determinante, tanto de su licitud (...) como de su ilicitud (...) siempre que sean reconocidos por ambos contratantes y exteriorizados o al menos relevantes”<sup>352</sup>.

Declarada la trascendencia que tiene el propósito perseguido por las partes —cuando éste queda incorporado al contrato—, el TS establece las consecuencias que provoca el hecho de que dicho propósito no se pueda cumplir. En este sentido, el TS afirma que: “en el presente caso, las partes, de común acuerdo, haciendo uso de la libertad contractual del artículo 1255 del Código, **elevaron la finalidad particular perseguida a causa determinante del contrato**, poniéndola como condición del mismo... de indiscutible admisibilidad, pero con el triple límite que el indicado precepto establece, en el sentido de que su licitud y consiguiente validez del pacto dependía de que, legalmente, se pudiera efectuar la construcción, pues caso contrario sería ilícita por contraria a la Ley —ilicitud legal— y chocaría con el precepto del artículo 1275, a cuyo tenor los contratos con causa ilícita —y lo es “cuando se opone a las leyes”— no producen efecto alguno; por eso es por lo que el derecho de opción ejercitado por el comprador no sólo se actuó extemporáneamente, como se dijo, sino que carecería de fundamento jurídico al **haber devenido ilícita la causa en que se apoyaba, que impedía la opción al no quedar otra alternativa que la resolución.**”<sup>353</sup>

En esta sentencia en la que el Tribunal Supremo declara la ineficacia del contrato, el razonamiento gira en torno al hecho de que el contrato celebrado por las partes es de cumplimiento imposible por haber resultado ulteriormente prohibida la edificación contemplada en dicho

---

<sup>351</sup> STS de 30 de diciembre de 1985; R.A. 6620; Ponente: Excmo. Sr. D. José Beltrán de Heredia y Castaño.

<sup>352</sup> Fundamento de derecho tercero.

<sup>353</sup> Fundamento de derecho cuarto.

contrato. En concreto, la argumentación del Tribunal Supremo se centra en la declaración de ilicitud de la causa o, mejor dicho, en que la causa originariamente lícita ha devenido ilícita. Como no podía ser de otra manera, esta argumentación ha sido objeto de crítica por nuestra doctrina. Si bien hay que reconocer que el TS acierta dando relevancia a la finalidad perseguida por los contratantes que ha quedado incorporada en el contrato (construcción de unos apartamentos en la finca que se intercambia), no se puede compartir la afirmación del TS conforme a la cual, la causa del contrato deviene ilícita una vez que la Administración deniega los permisos para construir. Como bien afirma Clavería Gosálbez, la causa —que comprende los motivos perseguidos por las partes— es lícita y existe cuando tiene que serlo, esto es, cuando el contrato se celebra, pues en ese momento, se concibe como posible la edificación, cosa distinta es que con posterioridad a la celebración del contrato se haga imposible su cumplimiento<sup>354</sup>.

[180] b.- La STS de 14 de octubre de 1988<sup>355</sup> se refiere a un contrato de compraventa de un local situado en el sótano de un centro comercial instalado por la vendedora. En la cláusula séptima del contrato de compraventa se establecía que el local sólo se podía destinar a la

<sup>354</sup> Sentencia comentada por CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H., ("STS de 30 diciembre de 1985. Causa del contrato y motivo determinante incorporado. Influencia de la causa en la vida del contrato. Resolución. Interpretación y calificación del contrato", *C.C.J.C.*, núm. 10, enero/marzo 1986, pp. 3387 a 3394). Este autor defiende que si con posterioridad a la celebración del contrato se hace imposible el cumplimiento "el contrato que fue válido y sigue siéndolo (...) puede devenir *ipso iure* o a instancia de parte, por declaración judicial o extrajudicialmente, ineficaz en sentido estricto", pero aclara que eso tiene lugar fuera del campo del art. 1275, y defiende que "más bien nos hallamos en el ámbito de los artículos 1463 y siguientes de este cuerpo legal, tan cercanos a nuestro artículo 1124 y al 1184 francés" y concluye afirmando "que nos encontramos ante una resolución me parece claro, así como que no opera automáticamente (arg. *ex art.* 1124 del CC), pero sí puede actuar extrajudicialmente" (pp. 3392 a 3394).

Sin embargo, JORDANO se muestra partidario de una solución basada exclusivamente en los artículos 1274 y 1275 CC excluyendo expresamente en estos supuestos la aplicación del artículo 1124 CC y defendiendo la resolución *ipso iure* (ver "STS de 13 de marzo de 1987. Imposibilidad temporal liberatoria de la obligación en un contrato sinalagmático. Plazo de cumplimiento de la obligación recíproca parcialmente no cumplida. Cláusula *rebus sic stantibus*. Enriquecimiento sin causa", *C.C.J.C.*, núm. 13, pp. 4423 a 4436, p. 4434).

actividad de “copia de documentos y fotografía automática”. Cuando el comprador solicitó la licencia municipal de apertura de su negocio, ésta fue denegada porque conforme a las Ordenanzas Municipales la actividad de copia de documentos y fotografía automática no puede desarrollarse en un sótano. Por esta razón, el comprador solicitó la resolución del contrato de compraventa.

En su decisión, el Tribunal Supremo toma como punto de partida que “el contrato expresa su finalidad exclusiva y que **presupone la utilidad del local vendido para tal finalidad**” y el hecho de que el comprador “(n)o obtuvo la licencia por las razones aducidas por la Administración, cuyo fundamento nadie discute”. Todo ello le lleva a declarar que: “ Por tanto, **la imposibilidad de uso del local**, no resulta de una acción u omisión del actor, que interfiera el curso normal del desarrollo normal de una condición mixta, sino que lo ocurrido consiste en algo que **se refiere a la base y al motivo causal del negocio, circunstancia que**, si no existen términos para una revisión, **debe dar paso a una resolución, en cuanto el contrato comenzó a desarrollar sus efectos, pero no pudo proseguir eficazmente, ya que lo entregado no era apto para su fin.**”<sup>356</sup> A lo que añade, aunque sin mencionar precepto alguno del Código civil, que: “**(l)a acción consecuente, es la intentada, como resolutoria, ante el incumplimiento del vendedor de su deber de entrega, que supone una entrega útil al fin contractual, por lo que procede la desestimación del motivo.**”<sup>357</sup>

En esta sentencia, con más acierto que en la anterior, el Tribunal Supremo da trascendencia a los fines concretos perseguidos por ambas partes e incorporados al contrato, de tal forma que la imposibilidad de su

---

<sup>355</sup> STS de 14 de octubre de 1988; R.A. 7487; Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Carretero Pérez.

<sup>356</sup> Fundamento de derecho tercero.

<sup>357</sup> Fundamento de derecho cuarto.

consecución permite al perjudicado ejercitar la acción resolutoria; incluso, aunque no menciona el artículo 1124 CC, se refiere a un “incumplimiento del vendedor de su deber de entrega”, en concreto, considera que el objeto entregado no era apto para el fin contractual (local que no reúne las cualidades necesarias para ser destinado a la actividad de copia de documentos), con lo que parece admitir una resolución por incumplimiento.

[181] c.- En el caso resuelto por la STS de 19 de enero de 1990<sup>358</sup>, se había celebrado un contrato de compraventa de una finca con la intención de edificar en ella. No pudo procederse a edificar en la finca porque la Administración denegó las licencias oportunas. Los compradores se oponen a la pretensión del vendedor de entrega del resto del precio y solicitan la declaración de nulidad del contrato o, subsidiariamente, la resolución del mismo.

El Tribunal Supremo considera probado que la finca fue adquirida por los compradores y enajenada por el vendedor bajo el “supuesto inexcusable, con categoría de motivo causalizado” de que se iba a poder edificar en su terreno. Estima que así lo evidencia el hecho de que el comprador sea constructor; la enorme diferencia de precio que hay entre como la adquirió el vendedor (rústica) y el valor actual, muy por debajo del precio de contrato; la afirmación del vendedor de que se podía edificar en ella y su colaboración posterior al contrato para obtener las licencias.

Este hecho le permite concluir que resulta procedente declarar la resolución del contrato “**al no haber podido alcanzarse, por impedimentos urbanísticos y administrativos, el fin único (con**

---

<sup>358</sup> STS de 19 de enero de 1990; R.A. 16; Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales.

categoría de motivo causalizado), para el que los compradores adquirieron la finca y para el que el vendedor la enajenó”<sup>359</sup>.

[182] d.- En la sentencia anterior se apoya la STS de 24 de febrero de 1993<sup>360</sup> que declara la resolución de un contrato de permuta de solar por el diez por ciento de las viviendas a construir. En dicho contrato estaba previsto un edificio de doce plantas; sin embargo, por una modificación posterior del plan, sólo se pueden edificar cuatro. El TS afirma que el fallo “se ajusta a la doctrina jurisprudencial expresiva de que se produce causa de resolución contractual cuando por impedimentos urbanísticos y administrativos, el fin único (con categoría de motivo causalizado) para el que los compradores adquirieron la finca y para el que el vendedor la enajenó, no puede ser cumplido”<sup>361</sup>. Frente a la pretensión del propietario del solar, de nulidad del contrato, precisa que “la imposibilidad sobrevenida no invalida los contratos, sino que, conforme a la doctrina jurisprudencial -así, S. 13-5-1972-, ha de declararse la resolución cuando, como aquí sucede, se trate de una relación sinalagmática.”

En un sentido parecido cabe citar las sentencias de 23 de octubre de 1990<sup>362</sup> y de 8 de mayo de 1995<sup>363</sup>. Ésta última declara la resolución

<sup>359</sup> Fundamento de derecho tercero.

<sup>360</sup> STS de 24 de febrero de 1993; R.A. 1249; Ponente: Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres.

<sup>361</sup> Fundamento de derecho segundo, en el que cita expresamente la STS de 19 de enero de 1990.

<sup>362</sup> STS de 23 de octubre de 1990; R.A. 8038; Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez Calcerrada. En ella se declara la resolución del contrato celebrado entre una Inmobiliaria y el Ayuntamiento de Barcelona por el cual se le cedían unos terrenos (que hasta el momento constituían vía pública) a la primera a cambio de una cantidad de dinero y con el fin de edificar sobre ellos. Posteriormente el Ayuntamiento suspende definitivamente la licencia otorgada a la inmobiliaria por no adecuarse las obras que se venían ejecutando a nuevo Plan General Metropolitano pues en él, la zona en cuestión recuperaba su naturaleza de obra pública. Ante la imposibilidad de dar cumplimiento al contrato y reconociendo que no existe conducta reproachable en el Ayuntamiento, se estima la petición subsidiaria de resarcimiento con devolución del precio satisfecho como consecuencia de la resolución contractual. JORDANO ha hecho un interesante comentario a esta sentencia; este autor comparte la solución del TS pero no la fundamentación jurídica (“STS de 23 de octubre de 1990. Caso fortuito o incumplimiento de una obligación recíproca en un contrato sinalagmático. Indemnización en caso de resolución contratual”, C.C.J.C. núm. 24, pp. 1097 a 1114, p. 1112- 1113 especialmente).

de un contrato de compraventa de unos solares que se adquirirían con la finalidad de edificar en ellos, pero que no es posible llevar a cabo las obras por denegación de licencia municipal de obras; este hecho es calificado de imposibilidad sobrevenida no imputable<sup>364</sup>.

[183] e.- Por último, la STS de 20 de abril de 1994<sup>365</sup> declara la resolución del contrato en un supuesto calificado de imposibilidad sobrevenida. Se había celebrado un contrato de arrendamiento de una finca para su explotación como guijera, con una duración de cuatro años. Se estableció un canon por metro cúbico de explotación y un mínimo de metros cúbicos al mes. Cuando se firmó el contrato las perspectivas de explotación eran buenas, pero iniciada la actividad dichas perspectivas desaparecieron inmediatamente.

Efectuado el desahucio por falta de pago de las rentas, las arrendadoras presentaron demanda sobre reclamación de cantidad y los demandados en reconvencción entre otras pretensiones, solicitaron la resolución del contrato porque los arrendadores no habían cumplido su prestación de entrega de una finca explotable para la obtención del guijo.

El TS declara la resolución del contrato porque considera que “ha desaparecido la causa negocial durante el transcurso de la vigencia del contrato de tracto sucesivo”. En concreto, declara que “(s)iendo la causa

---

<sup>363</sup> STS de 10 de mayo de 1995; R.A. 3940; Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez Calcerrada.

<sup>364</sup> Fundamento de derecho tercero: “Derivar de esta circunstancia que se está frente a la teoría de una imposibilidad sobrevenida al margen del voluntarismo o intervención causante de los interesados, es una consecuencia lógica que determina que esta eventualidad frustrante de la finalidad negocial implícitamente convenida (y hasta de la motivación causal para la compradora), debe influir en la modulación de las conductas de los interesados en punto al cumplimiento de lo asimismo pactado; de donde se obtiene, que, cualquiera que sea la conducta de la compradora en pos a su cumplimiento como efecto sinalagmático adosado a su obligación sucesiva de satisfacer los plazos debía ajustarse a esa perspectiva de construcción que –se reitera– se ve frustrada por esa imposibilidad sobrevenida (la falta de licencia) lo que determina en una reacción explicable en su cautelar conducta de abstenerse al cumplimiento de lo específicamente pactado; y todo ello ha de acomodarse al juego conjunto de los arts. 1124, 1154 y 1101 CC...”

<sup>365</sup> STS de 20 de abril de 1994; R.A. 3216; Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.

la finalidad común perseguida por los contratantes, cuando la misma no se mantiene durante el tiempo de duración de la relación contractual en virtud de acontecimientos imprevisibles para las partes en el momento de su perfección, no puede sostenerse jurídicamente el entramado de derechos y obligaciones que forman su contenido so pena de autorizar enriquecimientos a todas luces injustificados”.

El hecho de que la explotación no diera un rendimiento suficiente es calificado por el TS de imposibilidad económica, y respecto de ella declara: **“La imposibilidad de la prestación no sólo puede ser física o legal, sino económica, como cuando no produce ningún beneficio al que ha de recibirla, o cuando, como ocurre en el caso litigioso, es totalmente ruinoso para él recibirla. Existe entonces una frustración del fin del contrato, que impide jurídicamente su mantenimiento y faculta para resolverlo.”**<sup>366</sup>

A pesar de que la sentencia no menciona expresamente el artículo 1124 CC y que su solución parece ampararse en la noción de causa del contrato, resulta curioso comprobar que la justificación para declarar la resolución del contrato se apoya precisamente en el hecho de que la jurisprudencia ha admitido el ejercicio de la facultad resolutoria cuando existe un hecho obstativo que de modo absoluto y definitivo impide el cumplimiento y cuando la prestación pactada no responde a la finalidad para cuya consecución se concertó el contrato.

---

<sup>366</sup> Fundamento de derecho segundo.



#### **4. La imposibilidad sobrevenida no imputable y la posibilidad de que el deudor inste la resolución**

[184] Dos sentencias muy próximas en el tiempo y con un supuesto de hecho idéntico admiten que, en caso de imposibilidad sobrevenida no imputable, sea el propio deudor quién inste la resolución. Nos referimos a la **STS de 7 de febrero de 1994**<sup>367</sup> y la **STS de 23 de febrero de 1994**<sup>368</sup>. Comenzamos con la más reciente

[185] a.- En el caso resuelto por la **STS de 23 de febrero de 1994** (la otra sentencia también se refiere a un caso semejante, incluso coincide la empresa vendedora) se había celebrado un contrato de compraventa de unos módulos de una nave industrial que la vendedora iba a construir. Los módulos debían tener una superficie de 429 m<sup>2</sup>. La vendedora solicitó licencia municipal para edificar las naves proyectadas, pero ésta fue denegada porque el Plan General de Ordenación Urbana de la zona impedía la división de la nave industrial en parcelas inferiores a 500 m<sup>2</sup>. La vendedora entró en negociaciones con el comprador pero éstas no dieron resultado. El 16 de mayo de 1989, la vendedora requirió fehacientemente a través de notario al comprador a los efectos de la resolución del contrato por imposibilidad sobrevenida y procedió a consignar la cantidad recibida; solución que no fue admitida por el comprador. El Ayuntamiento de Burgos, con fecha 8 de junio de 1989, modifica lo relativo al mínimo de los 500 m<sup>2</sup> “dada la situación actual de fuerte demanda y presión social para la obtención de naves industriales de menor tamaño”.

---

<sup>367</sup> STS de 7 de febrero de 1994; R.A. 917; Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Martín-Granizo Fernández.

<sup>368</sup> STS de 23 de febrero de 1994; R.A. 683; Ponente: Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres.

El comprador presentó demanda solicitando el otorgamiento de escritura de venta y subsidiariamente indemnización de daños y perjuicios. Al proceso se acumuló otro promovido por la vendedora en demanda de resolución del contrato. El comprador presentó recurso de casación contra la sentencia que declaraba la resolución del contrato. En su recurso alegó infracción del artículo 1124 CC por estimar que “no tiene derecho a pedir la resolución el contratante incumplidor de sus obligaciones”. Este motivo fue denegado por el TS con el argumento de que **no existe el incumplimiento que se le imputa a la entidad vendedora**, sino que nos encontramos en presencia de un **cumplimiento imposible** de un contrato de compraventa por causas no imputables a ninguno de los intervinientes<sup>369</sup> lo que, según dicho Tribunal, **origina la posibilidad del vendedor de “interesar la resolución del mismo al no ser el causante de su incumplir a la vez que proyecta la situación sobre el artículo 1184 CC... ”**.

[186] b.- En el caso resuelto por la STS de 7 de febrero de 1994, el comprador fundamentó su recurso contra la sentencia que declaraba la resolución solicitada por la vendedora en el hecho de que no existía tal imposibilidad, sino, simplemente, incertidumbre sobre el resultado que podría obtenerse. Sin embargo, el TS deniega el motivo porque considera que el cambio de criterio municipal de fecha 8 de junio de 1989 incide “sobre la imposibilidad de la prestación surgida a raíz de la denegación de la licencia de construcción, sin que quepa imputar a “Transmet, SA” una actuación culposa excluyente de su liberación obligacional sino que la dificultad presentada por la denegación fue de tal entidad que resulta suficiente para provocar una imposibilidad

---

<sup>369</sup> Todo ello aparece recogido en el Fundamento de derecho tercero.

determinante de la aplicación del artículo 1184, pues las circunstancias concurrentes quizá revelen la eventualidad de una futura posibilidad de que la vendedora diese cumplimiento a sus obligaciones contractuales, pero ello no elimina la certeza de la imposibilidad existente en el momento en que se instó la resolución, imposibilidad que, como se ha dicho, no es imputable a negligencia de aquélla, a quien no es procedente imponer un retraso indefinido en el cumplimiento de su prestación, sin certeza alguna sobre que pudiera llevarse a efecto alguna vez, ya que, de lo contrario, quedaría el equilibrio contractual con evidente perjuicio para la vendedora”<sup>370</sup>.

Asimismo, deniega el motivo que alega infracción del artículo 1258 CC, en el sentido de que la sala sentenciadora debería de haber aplicado este precepto para inadmitir la precipitada petición de resolución contractual. Afirma el TS que “un cierto grado de previsibilidad de que podían sobrevenir circunstancias que hicieran imposible la prestación no debe excluir la operatividad de lo dispuesto en el artículo 1184 CC, sino que lo esencial es que realmente se produzca la imposibilidad objetivamente sin culpa del deudor y que no haya incurrido éste en morosidad...”<sup>371</sup>.

[187] Junto a estas dos decisiones jurisprudenciales, cabría citar la STS de 20 de mayo de 1997<sup>372</sup> que parece defender una solución similar; si bien, en el caso concreto se considera que no procede su aplicación porque el incumplimiento era imputable al deudor (en el caso concreto, la imposibilidad de cumplimiento de la prestación venía referida a unas

---

<sup>370</sup> Fundamento de derecho segundo.

<sup>371</sup> Fundamento de derecho tercero.

<sup>372</sup> STS de 20 de mayo de 1997; R.A. 3890; Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete.

circunstancias en las que influyó decisivamente el comportamiento del propio deudor)<sup>373</sup>.

[188] Como hemos podido comprobar, las sentencias de 7 y 23 de febrero de 1994 recurren al artículo 1184 CC y justifican en él la pretensión resolutoria del propio deudor que no puede cumplir por imposibilidad sobrevenida no imputable. Esta solución es muy discutible, pues dicho precepto no resuelve lo que sucede con la relación obligatoria sinalagmática, sino que se centra exclusivamente en la obligación de hacer que ha devenido imposible por causa no imputable al deudor (además, en los casos resueltos por ambas sentencias nos parece más que dudosa la existencia de imposibilidad sobrevenida no imputable, no hay que olvidar que se trataba de un vendedor-constructor de naves industriales al que al menos se le ha de presumir el conocimiento de la normativa vigente).

En contra de la solución mantenida en estas decisiones jurisprudenciales se ha manifestado expresamente Clemente Meoro<sup>374</sup>, y así debe defenderse si se admite que los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor entran en el marco del artículo 1124 CC, que sólo reconoce la facultad resolutoria a favor del acreedor. Sin embargo, Castilla Barea se muestra partidaria del otorgamiento de legitimación activa al deudor para instar la resolución del contrato en los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable<sup>375</sup>.

<sup>373</sup> En el caso en cuestión el TS parece conforme con que en los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor. No existe imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor, sino imposibilidad de condena al cumplimiento *in natura* (el vendedor procedió a vender la vivienda a un tercero) por esta razón, condena al deudor a la indemnización de daños y perjuicios.

<sup>374</sup> CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, núm. 222.

<sup>375</sup> CASTILLA BAREA, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, pp. 483 a 484.

## B. REFLEXIONES SOBRE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

[189] Comenzamos estas reflexiones reconociendo que no hemos encontrado un pronunciamiento del Tribunal Supremo en el que expresamente declare que la imposibilidad sobrevenida no imputable constituye un incumplimiento resolutorio<sup>376</sup>. Este hecho no nos plantea un obstáculo insalvable a la hora de defender que existen decisiones jurisprudenciales que admiten, en los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable, la aplicación del artículo 1124 CC y la resolución en él prevista.

Prueba de la afirmación que acabamos de realizar la constituyen las sentencias que hemos recogido en el apartado (a) del epígrafe anterior, en las que el Tribunal Supremo admite que el «hecho obstativo que de modo absoluto y definitivo impide el cumplimiento» es causa de resolución del contrato en virtud del artículo 1124 CC. De hecho, nuestra doctrina se apoya en este grupo de sentencias para defender la aplicación del artículo 1124 CC en los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable<sup>377</sup>. Además, hemos tenido ocasión de comprobar que, en algunos casos, el TS ha optado por otorgar la resolución solicitada cuando existía imposibilidad no imputable al deudor, y para ello se ha amparado en el artículo 1124 CC, sin necesidad de acudir al expediente del “hecho obstativo” (en este sentido es paradigmática la STS de 25 de noviembre de 1946).

---

<sup>376</sup> Así lo reconocía también HAZA (*El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, p. 73) y, recientemente, CASTILLA BAREA (*La imposibilidad de cumplir los contratos*, p. 480).

<sup>377</sup> Por todos, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 719; CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, núms. 218 y 222; CASTILLA BAREA, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, p. 471.

[190] Sin embargo, hay que reconocer que son numerosos los casos en los que el TS declara la resolución del contrato sin acudir al artículo 1124, y obviando pronunciarse sobre un posible incumplimiento. Nos referimos a las sentencias recogidas en el apartado (c) del epígrafe anterior, que justifican la resolución del contrato en la frustración del fin perseguido por las partes al contratar. En ellas no es fácil determinar cuál es el fundamento de esa extinción de la relación obligatoria que no parece residenciarse en la resolución por incumplimiento prevista en el artículo 1124 CC y que podría operar al margen de la voluntad del acreedor, a instancia del deudor afectado por la imposibilidad.

[191] Es precisamente este último grupo de sentencias el que podría amparar la existencia de una resolución automática, por esta razón, consideramos oportuno hacer algunas observaciones sobre ellas. Vamos a comenzar llamando la atención sobre una serie de notas comunes a todas ellas.

1. En primer lugar, todas las sentencias contenidas en el apartado (c) del epígrafe anterior se refieren a contratos en los que, además de la causa genérica del artículo 1274 CC, concurre una **causa concreta o subjetiva**, que se define como la finalidad perseguida por los contratantes al celebrar el contrato. Así, en el caso resuelto por la STS de 30 de diciembre de 1985 el contrato de permuta celebrado entre las partes tenía como finalidad la construcción de unos apartamentos en el solar objeto de intercambio; en la STS de 14 de octubre de 1988, el local comercial se vendía con la finalidad de destinarse a la actividad de copia de documentos y fotografía automática; en la STS de 19 de enero de 1990, la venta del terreno tenía por finalidad que el comprador edificara en él; y la misma finalidad concurre en el caso contemplado por las

SSTS de 24 de febrero de 1993, 23 de octubre de 1990 y 8 de mayo de 1995; por último, en el caso resuelto por la STS de 20 de abril de 1994, el arrendamiento de la finca tenía como finalidad su explotación como guijera.

2. En segundo lugar, hemos constatado que en todos los casos expuestos nos encontramos con que la **finalidad perseguida por el contrato no se puede cumplir** y ello no es imputable a la conducta de ninguna de las partes. Así, en la STS de 30 de diciembre de 1985, los apartamentos proyectados no se pueden construir porque la Administración no concede las licencias permitentes; en el caso del local comercial destinado a la actividad de fotocopias, ésta no puede llevarse a cabo porque las Ordenanzas Municipales impiden este tipo de actividad en sótanos (STS de 14 de octubre de 1988); se deniegan las licencias de edificación por motivos urbanísticos de diversa índole en las SSTs de 19 de enero de 1990, 24 de febrero de 1993, 23 de octubre de 1990 y 8 de mayo de 1995; la finca arrendada para su explotación como guijera carece de guijo suficiente (STS de 20 de abril de 1994).

3. Y, en tercer lugar, queremos resaltar que ante la imposibilidad de cumplimiento de la finalidad perseguida con el contrato, el Tribunal Supremo opta por declarar la **resolución del contrato**, sin que para ello se haya tenido que amparar en el incumplimiento de ninguna de las partes.

[192] Si sólo atendemos a la **estructura típica del contrato**, en todos los casos que hemos expuesto, éste se ha realizado correctamente (en todos los casos de compraventa se había producido el intercambio de cosa por precio y en el arrendamiento, el arrendador había mantenido al arrendatario en el goce pacífico de la cosa); sin embargo, nos

encontramos con que el **contrato no se ha podido realizar en los términos que habían previsto las partes** (el local comercial no se puede destinar a fotocopiadora; el terreno comprador para edificar en él no es edificable, la finca carece de guijo suficiente para dedicarla a su explotación como guijera, la Administración no permite la construcción del complejo turístico proyectado...). Este hecho afecta a lo que el Tribunal Supremo ha denominado **causa concreta o subjetiva**.

La idea de **causa concreta** surge precisamente para incorporar elementos que tienen que ver con la regulación contractual pero que no quedan incluidos en la estructura típica del contrato. Junto a la causa genérica del artículo 1274 CC, las partes incorporan una causa concreta o subjetiva, con lo que la autonomía de la voluntad desenvuelve la noción de causa más allá de los mínimos exigidos por la ley<sup>378</sup>, incorpora motivaciones a la reglamentación contractual que de otro modo carecerían de trascendencia (compra de un terreno “para edificar”; adquisición de un local “para instalar un negocio de fotocopia de documentos”). Habitualmente, las partes incorporan dichas motivaciones a través del establecimiento de una condición (resolutoria o suspensiva)—por ejemplo, se celebra la compraventa del terreno bajo condición resolutoria de que el terreno sea edificable; se compra el local bajo condición resolutoria de poder instalar en el un negocio de fotocopia de documentos—. El establecimiento de estas condiciones por las partes nos determina el régimen del contrato cuando la condición no se cumple.

Los problemas surgen cuando la causa concreta no queda incorporada a través de una condición (como ha sucedido en los casos que nos ocupan) de tal forma que hay que establecer cuál es el régimen aplicable al contrato en los casos en los que falle dicha causa. Hace ya

---

<sup>378</sup> MORALES MORENO, voz “Causa (Dº. Civil)”, *E.J.B.*, vol. I, pp. 958 a 963, p. 962.



unos años, Morales Moreno defendía que en estos casos es aconsejable ofrecer la posibilidad de atacar el negocio a la parte que ha visto insatisfecho su interés, aunque reconocía que la posible impugnación del negocio por la caída de su causa subjetiva no está expresamente admitida, con carácter general en nuestro Código civil, a través de un mecanismo directamente ligado a esta razón; afirmaba que se facilita de modo indirecto a través de figuras como el error vicio o la resolución por incumplimiento<sup>379</sup>; hemos tenido ocasión de comprobar que en estos casos el TS opta por declarar la resolución del contrato amparándose para ello en la frustración del fin práctico perseguido con el contrato<sup>380</sup>.

[193] Sin embargo, el nuevo Derecho de obligaciones camina hacia un concepto de incumplimiento entendido no ya como incumplimiento de obligaciones sino como **incumplimiento de contrato**, que contempla la **no realización del contrato en los términos que se habían propuesto las partes**<sup>381</sup>. Ello permite sostener que el incumplimiento del contrato puede producirse no sólo por falta de cumplimiento de una obligación, sino también porque no se alcanza la finalidad que se ha previsto para el contrato. Existe incumplimiento no sólo cuándo no se entrega la cosa que se debe entregar (terreno, local comercial), sino también cuando la cosa que se entrega no es útil al fin contractual pactado (el terreno no es edificable; el local no es útil para instalar un negocio de fotocopias; la

<sup>379</sup> MORALES MORENO, "El «propósito práctico» y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro. (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico)", *A.D.C.*, 1983, pp. 1529 a 1546, pp. 1535 *in fine* y 1536.

<sup>380</sup> También se ha defendido que la caída de la causa concreta se rige por el régimen de la anulabilidad. La falsedad de la causa a la que hace referencia el artículo 1301 CC se interpreta como "error en la causa concreta".

<sup>381</sup> Sobre la distinción entre incumplimiento en sentido estricto e incumplimiento como falta de realización del contrato en los términos previstos *vid.* MORALES MORENO, "STS de 18 de febrero de 1994. Compraventa de local para instalar un supermercado: existencia de normas que impiden ese destino. Error de los compradores: carácter esencial, excusabilidad (error imputable al vendedor). Nulidad del contrato: restitución. Incumplimiento (*aliud pro alio*): Resolución", *C.C.J.C.*, núm. 35, enero/marzo 1994, pp. 619 a 630, p. 627.

finca no es susceptible de explotación como guijera); llevamos al incumplimiento la no realización del contrato tal y como lo habían previsto las partes, lo relevante no es tanto el cumplimiento de las obligaciones, cuanto la realización del fin (alcanzar la finalidad que se había previsto para el contrato), y cuando ello no es posible, el perjudicado puede acudir al remedio resolutorio previsto en el artículo 1124 CC.

En esta nueva forma de contemplar el incumplimiento, la noción de causa concreta deja de ser útil y tener sentido, porque el ámbito que estaba llamada a cubrir ha quedado cubierto por el propio incumplimiento y los remedios que el ordenamiento prevé frente al mismo<sup>382</sup>. De esta manera, los casos a los que nos hemos referido en el apartado (c) del epígrafe anterior, quedan encuadrados en el marco del incumplimiento contractual del artículo 1124 CC y la resolución por incumplimiento en él prevista. Esto significa que el comprador del local podrá instar la resolución por incumplimiento del contrato porque el local entregado por el vendedor no puede destinarse a la actividad prevista; el comprador del terreno puede instar la resolución por incumplimiento porque el vendedor le ha entregado un terreno que no es edificable cuando se compró precisamente con esa finalidad; el arrendatario de la finca puede resolver el contrato por incumplimiento

---

<sup>382</sup> Esta nueva forma de contemplar el incumplimiento que permite entender que hay incumplimiento no sólo cuando no se da la cosa sino cuando la cosa entregada no se corresponde con lo previsto en el contrato implica que el ámbito reservado al error (tal y como se entiende hoy) queda absorbido por el incumplimiento. Así lo pone de manifiesto MORALES MORENO, ("STS de 18 de febrero de 1994. Compraventa de local para instalar un supermercado: existencia de normas que impiden ese destino. Error de los compradores: carácter esencial, excusabilidad (error imputable al vendedor). Nulidad del contrato: restitución. Incumplimiento (*aliud pro alio*): Resolución", *C.C.J.C.*, núm. 35, enero/marzo 1994, pp. 619 a 630, p. 626-627). En el caso resuelto por la sentencia, se declara la nulidad del negocio por concurrir error esencial invalidante del contrato. Los compradores habían adquirido un local semisótano para instalar en el un supermercado (local comercial), sin embargo, las normas urbanísticas establecen que los semisótanos no son aptos para este tipo de negocios sino que únicamente pueden ser empleados como almacén. Declara la ineficacia del contrato por error, en *obiter dictum* se afirma que lo entregado por el vendedor no se ajusta a lo pactado (el local entregado no es susceptible de uso comercial al no reunir las

porque la finca entregada no es útil para ser explotada como guijera, tal y como tenían convenido las partes. Además, queda claro que la única legitimada para instar la resolución lo es la parte que ve insatisfecho su interés (en ningún caso puede hacerlo valer la otra parte contratante). Es cierto que de esta manera el deudor asume no sólo la obligación de entrega sino el riesgo de que la cosa entregada no sea útil para la finalidad perseguida con el contrato.

[194] No queremos acabar este epígrafe sobre la jurisprudencia del TS sin resaltar otro de los aspectos que nos ha llamado la atención. Nos referimos al hecho de que en numerosas ocasiones se resuelven por la vía de la resolución supuestos en los que existía imposibilidad de cumplimiento desde el momento en que se celebró el contrato (imposibilidad originaria), y a pesar de ello, se le reconoce validez al contrato no declarando su nulidad. En concreto, así sucede en todos los casos en los que el TS declara que existe imposibilidad de cumplimiento del contrato porque el terreno vendido no es apto para edificar, cuando el Plan así lo establecía con anterioridad a la celebración del contrato. El TS admite que el comprador solicite la resolución del contrato por frustración del fin práctico, con lo que imputa al vendedor el riesgo de que el terreno vendido no reúna las cualidades necesarias para cumplir la finalidad perseguida por las partes.

[195] En cualquier caso, estamos de acuerdo con Castilla Barea<sup>383</sup> cuando afirma que ha llegado el momento de que el Tribunal Supremo admita abiertamente que existe una acción de resolución por

---

cualidades necesarias, ni es susceptible de adquirirlas) por lo que podría ser calificado de incumplimiento y motivar la resolución del artículo 1124 CC.

<sup>383</sup> CASTILLA BAREA, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, p. 534.

imposibilidad sobrevenida con un alcance general para todos los casos que no tienen prevista una regulación específica, y que esa resolución se residencia en el artículo 1124 CC. Esta solución es desde luego más sencilla que defender una desvinculación contractual basada en disquisiciones cambiantes sobre la causa de las obligaciones, la interdependencia, la equidad o el justo equilibrio de las prestaciones, que no tienen una clara base legal para extenderse a la imposibilidad sobrevenida.

### C. UNA JURISPRUDENCIA CONSTANTE Y UNIFORME: EL CASO FRANCÉS

[196] En este punto, nos parece interesante hacer una breve referencia a la jurisprudencia de la Corte de casación francesa que, desde hace más de un siglo, mantiene una solución constante y uniforme en los casos de imposibilidad sobrevenida fortuita.

En contra de lo que opina la doctrina dominante, que defiende que en los casos de imposibilidad sobrevenida fortuita no resulta aplicable la resolución por incumplimiento sino la denominada «teoría de los riesgos», la Corte de casación francesa no duda en aplicar el artículo 1184 CC francés —que regula la resolución por incumplimiento— en estos casos. Esto es así desde un *arrêt* de 14 de abril de 1891 que declaró que el artículo 1184 del CC francés no distingue entre las causas de incumplimiento, y que no admite que la fuerza mayor sea una excepción a la regla que dicho precepto establece<sup>384</sup>. Desde entonces, la Corte de

<sup>384</sup> El Tribunal de casación francés afirma literalmente que el artículo 1184 del CC francés “ne distingue pas entre les causes d’inexécution des conventions et n’admet pas la force majeure comme faisant obstacle à la résolution pour le cas où l’une des parties ne satisfait pas à son engagement; en effet, dans un contrat synallagmatique, l’obligation de l’une des parties a pour cause l’obligation de l’autre et réciproquement; en sorte que si l’obligation de l’une est pas remplie, quel qu’en soit le motif, l’obligation de l’autre devient sans cause; il est vrai que lorsque le contrat ne contient aucune clause expresse de résolution, il appartient aux tribunaux de rechercher, dans les termes du contrat et dans l’intention des parties, quelles son l’étendue et la portée de l’engagement souscrit par celle d’entre elles qui aurait

casación francesa viene declarando que el artículo 1184 CC francés se aplica cuando el incumplimiento proviene tanto de un caso fortuito o de fuerza mayor, como cuando es imputable al deudor, bien se trate de un incumplimiento total o parcial<sup>385</sup>.

[197] Existe un sector doctrinal que, en los últimos años, amparándose en esta jurisprudencia constante, ha podido defender en el ordenamiento francés una solución semejante a la aquí defendida respecto del artículo 1124 CC; es decir, que el ámbito hasta ahora atribuido a la «teoría de los riesgos» quede integrado dentro del campo de aplicación de la resolución por incumplimiento. Los argumentos esgrimidos son de distinta índole.

En primer lugar, se ha puesto de relieve que la interpretación jurisprudencial no contradice el tenor del artículo 1184 CC francés<sup>386</sup>, puesto que el primer apartado del precepto se refiere exclusivamente al hecho de que el contratante “ne satisfere pas à son engagement” sin mencionar las causas de dicho incumplimiento<sup>387</sup>.

---

manqué complètement, et, en cas d'inexécution partielle, d'apprécier, d'après les circonstances de fait, si cette inexécution a assez d'importance pour que la résolution doive être immédiatement prononcée, ou si elle ne sera pas suffisamment réparée par une condamnation à des dommages-intérêts; ce pouvoir d'appréciation est souverain”.

El arrêt de 14 de abril de 1891 tenía por objeto el contrato de arrendamiento de un fundo para montar en él un viñedo. El arrendatario/cultivador se obligaba a plantar los viñedos, y a cambio, al cabo de diez años, se convertiría en propietario de la mitad del terreno y de los viñedos. Cuando llevaba tres años en el cultivo, la *phylloxera* le impidió cumplir su obligación; en aplicación del art. 1184.1 se declara al arrendador/propietario liberado del contrato, (vid. MALAURIE y AYNÈS, *Les obligations*, núm. 761 y nota 3, que critican esta decisión afirmando que en el caso en cuestión la resolución era parcial, lo cual explica el poder de apreciación del juez en este caso, pues sólo el juez puede determinar si el contrato conserva algún interés para las partes, en cuyo caso la resolución será parcial, o si no, total. Por último, apuntan estos autores que la solución probablemente hubiese sido distinta, de haber considerado que la *phylloxera* era una fuerza mayor temporal; en ese caso, los jueces actuales “suspenderían” el contrato durante el tiempo en que no se pueda ejecutar).

GHESTIN y BILLAU mencionan como primera decisión jurisprudencial en tal sentido, un arrêt del Tribunal de casación de 3 de agosto de 1875 en el que se afirmó que: “... l'art. 1184 C.civ. ne distingue point entre les causes d'inexécution des conventions et n'admet pas la force majeure comme faisant exception à la règle qu'il a consacrée” (*Traité de Droit civil*, núm. 516).

<sup>385</sup> GHESTIN y BILLAU, *Traité de Droit civil*, núm. 407.

<sup>386</sup> TERRÉ, SIMPLER y LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 5ª ed., núm. 629.

<sup>387</sup> Artículo 1184 *Code civil*: “La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfere point à son engagement.

En segundo lugar, se alega que el hecho de que el párrafo segundo del 1184 CC francés otorgue al acreedor la opción entre la ejecución y la resolución con daños e intereses, y autorice al juez a otorgar un plazo de gracia, permiten pensar que el legislador ha tenido principalmente en cuenta un incumplimiento culpable del deudor, pero no exclusivamente, pues el propio artículo 1184 CC francés hace una precisión, en el sentido de que el acreedor sólo puede exigir la ejecución del contrato “cuando ésta sea posible”. La expresión de esta reserva permite que se recurra a este precepto, incluso cuando la ejecución haya devenido imposible por causa fortuita o fuerza mayor<sup>388</sup>.

Y, en tercer lugar, reconocen que en caso de imposibilidad total y absoluta es posible lamentarse de los inconvenientes de la aplicación del artículo 1184 CC francés que obliga a aquél que quiere desligarse del contrato a iniciar un proceso para que se constate dicha imposibilidad<sup>389</sup>. Sin embargo, en ausencia de un texto de alcance general expresamente adaptado a esta circunstancia, afirman que la solución de la resolución judicial tiene la ventaja de la flexibilidad que proporciona. El recurso al tribunal permite verificar la existencia de caso fortuito o de fuerza mayor y apreciar la incidencia de un incumplimiento parcial<sup>390</sup>. En este punto Ghestin llega a admitir que determinados supuestos excepcionales en los que el contrato no se ha comenzado a ejecutar y tiene lugar una imposibilidad total y absoluta, se podrían situar, con cautela, entre las situaciones excepcionales, en las cuales, a pesar del tenor del artículo 1184 CC francés, se descarta el requisito de la intervención previa del

---

Dans ce cas, le contrat n'est point résolu de plein droit. La partie envers laquelle l'engagement n'a point été exécuté, a le choix ou de forcer l'autre à l'exécution de la convention lorsque'elle est possible, ou d'en demander la résolution avec dommages et intérêts.

La résolution doit être demandée en justice, et il peut être accordé au défendeur un délai selon les circonstances.”

<sup>388</sup> GHESTIN y BILLAU, *Traité de Droit civil*, “Les obligations. Les effets du contrat”, núm. 521.

<sup>389</sup> GHESTIN y BILLAU, *Traité de Droit civil*, “Les obligations. Les effets du contrat”, núm. 516.

<sup>390</sup> TERRÉ, SIMPLER y LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, núm. 629.

juez<sup>391</sup> (vista como una garantía del demandado que permite mantener el contrato siempre que sea posible). Ello es así porque en caso de imposibilidad total y absoluta, y falta total de ejecución del contrato, el requisito del recurso al proceso supondría retrasar una ruptura inevitable, aumentando sensiblemente el perjuicio que resulta de ella. En estos casos, por razones de urgencia, el acreedor se verá reconocido de un poder de anticiparse a la intervención del juez con el fin de evitar el transcurso de un plazo más o menos prolongado, entrañando una agravación del daño resultante del incumplimiento<sup>392</sup>. Además, la intervención posterior del juez no carece de sentido, pues dispone de un poder para apreciar, por un lado, la realidad de la fuerza mayor o del caso fortuito y, por otro lado, la incidencia sobre la suerte del contrato de una eventual ejecución parcial<sup>393</sup>.

---

<sup>391</sup> La cuestión surge a raíz de un *arrêt* de la *Chambre commerciale* de 28 de abril de 1982 según el cual "une demande de résolution judiciaire du contrat en cas d'impossibilité d'exécution n'est pas nécessaire" (*vid. Rev. trim. dr. civ.*, 1983, p. 340). Ghestin afirma que lejos de proceder a realizar una generalización de lo establecido en esta sentencia, lo importante es saber si, en el caso concreto objeto de la sentencia, la resolución exigía una demanda judicial previa a la ruptura efectiva del contrato. Planteada la cuestión de esta manera, la sentencia en cuestión encuentra justificación, porque en el caso concreto, el contrato no había comenzado a ejecutarse y la imposibilidad de cumplimiento era total. Ello le permite concluir que aunque nos podemos felicitar de la flexibilidad que introduce esta decisión jurisprudencial, ésta debe circunscribirse al verdadero alcance de sus términos. En realidad se coloca entre las situaciones excepcionales en las que, a pesar de los términos del art. 1184, se descarta la intervención previa del juez (GHESTIN y BILLAU, *Traité de Droit civil*, "Les obligations. Les effets du contrat", núm. 416).

<sup>392</sup> GHESTIN y BILLAU, *Traité de Droit civil*, "Les obligations. Les effets du contrat", núm. 419.

<sup>393</sup> GHESTIN y BILLAU, *Traité de Droit civil*, "Les obligations. Les effets du contrat", núm. 516.

## **SECCIÓN SEGUNDA: EL TÉRMINO ESENCIAL**

[198] Nuestro Código civil no ha previsto de forma expresa la incidencia que puede tener en el contrato, de cara a su posible resolución, el retraso en el cumplimiento<sup>393</sup>.

La mayoría de la doctrina española está de acuerdo en afirmar que la regla general en cuanto al tiempo de cumplimiento es que, si llegado el momento previsto para ello, no se realiza la prestación, esto no significa que su ejecución retrasada carezca totalmente de sentido; normalmente, el acreedor **podrá reclamar el cumplimiento retrasado** y el deudor **podrá ofrecer la prestación tardíamente**, que, aunque realizada de forma retrasada, puede ser útil para satisfacer el interés del acreedor (*vid. infra* [514-520]).

Sin embargo, desde muy temprano se puso de manifiesto por nuestra doctrina que es posible que el tiempo de cumplimiento adquiriera un papel principal en la regla contractual<sup>394</sup>, y que la **falta de cumplimiento en el tiempo pactado** suponga una **pérdida del interés del acreedor en el cumplimiento** del contrato. Estos casos que —siguiendo a la doctrina mayoritaria— denominaremos **contratos con término esencial** no se deben regir por la regla general que hemos expuesto y exigen una solución especial.

<sup>393</sup> Como ha puesto de manifiesto DÍEZ-PICAZO, esta ausencia de regulación denota una economía poco preocupada por el tiempo de cumplimiento (*Fundamentos del derecho civil Patrimonial*, II, 5ª ed., p. 338). Este mismo autor llevó a cabo, en 1969, un estudio muy importante para confirmar la relevancia que en el tráfico jurídico estaba adquiriendo el tiempo de cumplimiento de las obligaciones contractuales ("El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos", *A.D.C.*, 1969, pp. 383 a 404).

<sup>394</sup> BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, después de afirmar que el tiempo de cumplimiento normalmente no es relevante para la satisfacción del interés del acreedor, reconoce que hay supuestos que denomina de "término esencial" en los que la satisfacción del interés del acreedor está vinculada a que la prestación se realice en el término fijado (BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, *El cumplimiento de las obligaciones*, p. 249).

FERNÁNDEZ CANTOS también puso de manifiesto hace unos años que las partes otorgan cada vez más una importancia especial al tiempo de cumplimiento (FERNÁNDEZ CANTOS, "La resolución de los contratos por causa de incumplimiento. (Requisitos necesarios para la aplicación del artículo 1.124)", *R.G.L.J.*, 1960, núm. 209, pp. 34 a 114, pp. 60 a 61).



El hecho de que algunos Códigos civiles de nuestro entorno sí que tuvieran en cuenta la importancia del tiempo en el cumplimiento del contrato, no pasó inadvertido a nuestros autores y tribunales, quienes ante la necesidad de buscar una solución a los casos de término esencial, se dejaron influenciar por estas regulaciones foráneas; situación que ha continuado hasta nuestros días, y que nos lleva en este punto a una necesaria referencia a estos ordenamientos. Ello nos va a permitir comprender mejor las soluciones que nuestra doctrina, y en menor medida nuestra jurisprudencia, han propuesto para los casos de **término esencial**.

[199] Las soluciones ofrecidas en nuestro Derecho para los casos de término esencial se agrupan en dos grandes líneas según el tipo de influencia que hayan recibido. Ambas líneas coexisten y no se puede hablar de predominio de ninguna de ellas. La primera, marcadamente influida por el ordenamiento alemán —en su versión anterior a la reforma operada en 2001—, y la segunda, de corte italiano. Tanto en una como en otra se ha llegado a afirmar la posible existencia de una **resolución automática** cuando el cumplimiento no ha tenido lugar en el momento o plazo pactado y éste era esencial para satisfacer los intereses perseguidos con el contrato.

[200] Nuestro objetivo es demostrar que no es necesario importar soluciones de otros ordenamientos para dar una salida razonable a estos supuestos de **término esencial**, que nuestra regulación positiva nos resuelve estas cuestiones, sin necesidad de forzar la lectura del propio Código y que no pasa por el reconocimiento de una resolución automática. Además, las soluciones que vamos a defender coinciden, en

gran medida, con las previstas en el moderno Derecho comparado y uniforme.

## I. LA INCORPORACIÓN A NUESTRO DERECHO DE LA CATEGORÍA ALEMANA DE LOS LLAMADOS «NEGOCIOS A FECHA FIJA» (*FIXGESCHÄFTE*)

[201] La ausencia de regulación expresa en nuestro Código civil de aquellos supuestos en los que el término de cumplimiento juega un papel relevante en la economía del contrato, llevó a una parte importante de nuestra doctrina a recurrir al ordenamiento alemán, y en concreto, a los llamados **negocios a fecha fija**. Como no podía ser de otra manera, nos referimos al BGB en su redacción primitiva, después veremos el tratamiento que este tipo de contratos recibe a partir de la reforma operada en 2001 (*vid. infra* [286-288]).

### A. LOS «NEGOCIOS A FECHA FIJA» EN DERECHO ALEMÁN

[202] En Derecho alemán, se denomina **negocios a fecha fija** (*Fixgeschäfte*) a aquellos contratos en los que el tiempo de cumplimiento constituye un elemento esencial en la propia configuración del contrato. Dicha categoría tenía un reconocimiento legal en el § 361 BGB v. ant. y en el § 376 HGB respecto de la compraventa mercantil. A pesar de ello, la doctrina puso de relieve que dichos preceptos no cubrían todos los tipos de negocios a fecha fija, lo que hizo necesario distinguir entre **negocios a fecha fija relativos** (*relative Fixgeschäfte*) —que son precisamente los contemplados en el § 361 BGB v. ant. y § 376 HGB—

y **negocios a fecha fija absolutos** (*absolute Fixgeschäfte*) que aunque no estaban legalmente reconocidos, fueron equiparados por la doctrina a la imposibilidad de la prestación. Respecto de ambos se predicaba un **régimen especial de resolución**.

### 1. «Relative Fixgeschäfte» o negocios a fecha fija relativos

[203] Los negocios a fecha fija relativos son negocios en los que la observancia del tiempo de cumplimiento es de importancia esencial bien porque así lo han acordado las partes<sup>395</sup>, bien porque ello se desprende de las circunstancias. Se trata de negocios que contienen unas delimitaciones de tiempo muy precisas que pueden manifestarse de dos formas: (1) a través de la incorporación al contrato de la mención de una fecha o una hora concreta que se manifiesta con fórmulas como, “fija”, “precisa”, “exacta”, “inmediata”, “a más tardar”, “inmediatamente”; (2) que el objeto del contrato sean prestaciones para ocasiones concretas, como por ejemplo: rebajas, día de mercado, Navidades<sup>396</sup>.

En caso de controversia, corresponde al acreedor la carga de la prueba de que existe un negocio a fecha fija; no sólo debe probar que en el contrato se pactó un momento o un plazo fijo para la realización de la prestación, sino que además, ambas partes estaban de acuerdo en el carácter “a fecha fija” del negocio. Por su parte, corresponde al deudor probar que el cumplimiento tuvo lugar en el momento correcto, o bien

<sup>395</sup> De forma reiterada la doctrina sostiene que el acuerdo de las partes siempre debe llevar a que el negocio surja (*stehen*) con el cumplimiento del plazo o momento de prestación, o desaparezca (*fallen*) con el incumplimiento de dicho plazo o momento. Así, JANBEN se expresa de la siguiente manera: “Hinzukommen muß aber stets die Einigkeit der Parteien darüber, daß das Geschäft mit der Einhaltung oder Nichteinhaltung der Lieferzeit stehen oder fallen soll” (JANBEN, F., “§ 361 BGB” núm. 3, en *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht, II, A.T., (§§ 241-432)*, 3ª ed., Munich, 1994, pp. 1430-1431).

<sup>396</sup> JANBEN, “§ 361 BGB”, núm.3, p. 1430. Según este autor, no constituyen *Fixgeschäfte* aquellos contratos en los que la voluntad de las partes se limita a establecer cláusulas del tipo “tan pronto como posible”, “rápidamente”, “aproximadamente”, y tampoco son suficientes para considerar que nos encontramos ante un *Fixgeschäft* las cláusulas “ohne Nachfrist” (“§ 361 BGB”, núm.5, p. 1430).

que si el cumplimiento no tuvo lugar en el momento pactado, ello se debió a una falta del acreedor<sup>397</sup>.

[204] En este tipo de negocios, la resolución del contrato por falta de cumplimiento en el momento pactado sigue un régimen especial que constituye una excepción a la regla establecida en el **§ 326 BGB v. ant.** para los casos de retraso en el cumplimiento.

Recordemos que conforme a lo previsto en el **§ 326 (1) BGB v. ant.**, para que el acreedor pudiese declarar la resolución del contrato por retraso en el cumplimiento era necesario: (1) que el deudor se encontrase en **mora** (que fuese responsable del retraso y que la prestación fuese todavía posible, exigible y realizable —§§ 284 y 285 BGB v. ant.—); (2) que el acreedor realizase un **requerimiento de cumplimiento** al deudor en el que le fijase un **plazo adicional** para el cumplimiento y le **advirtiese** de que transcurrido dicho plazo el **ofrecimiento de cumplimiento sería rechazado**; (3) transcurrido de forma infructuosa dicho plazo, el acreedor podía optar entre la resolución del contrato y la indemnización de daños por el incumplimiento. La resolución por incumplimiento tenía lugar mediante una declaración del acreedor dirigida al deudor. El **párrafo (2) del § 326 BGB v. ant.** contemplaba una excepción a la regla general para los casos de “**mora cualificada**”, en los que, **como consecuencia de la mora, el acreedor había perdido el interés en el cumplimiento**<sup>398</sup>. En estos casos, el acreedor no tenía que cumplir con el requisito de la concesión de un plazo al deudor aunque sí **debía declarar su voluntad de rechazar el cumplimiento**

<sup>397</sup> JANßEN, § 361, núm. 8, en *Münchener Kommentar zum BGB*, II, p. 1431.

<sup>398</sup> Tal y como aclara ENNECCERUS no es indispensable que la prestación no tenga interés alguno para el acreedor, cosa que raramente ocurrirá, sino que basta con que no tenga interés alguno en el cambio mutuo de prestaciones (ENNECCERUS-KIPP-WOLF, *Tratado de Derecho civil*, II, ENNECCERUS, L. revisado por Heinrich Lehmann, *Derecho de obligaciones*, vol. I, *Doctrina general*, traducción de la 35ª

tardío<sup>399</sup>. Al igual que en el caso anterior, la resolución tenía lugar mediante declaración del acreedor dirigida al deudor.

[205] El legislador alemán consideró que los negocios a fecha fija, por sus características, merecían un régimen especial que les fue reconocido en el § 361 BGB v. ant.<sup>400</sup>. Según dicho precepto, cuando en el marco de un negocio a fecha fija, ha transcurrido el momento o el plazo pactado para el cumplimiento sin que se haya efectuado la prestación, **el deudor no puede imponer el cumplimiento tardío al acreedor**. A pesar de ello, puesto que la prestación posterior no es absolutamente imposible, **el acreedor mantiene su pretensión de cumplimiento**. Ello supone que el acreedor puede exigir el cumplimiento<sup>401</sup>, o si lo prefiere puede optar entre exigir la indemnización de daños por incumplimiento o resolver el contrato. El **derecho de resolución** del que dispone el acreedor en estos casos, se considera *simplificado* (*erleichterte*) pues opera mediante declaración unilateral del acreedor<sup>402</sup>, sin necesidad de una previa concesión de plazo al deudor ni de la advertencia de que rechazará la oferta de cumplimiento tardío.

Si el contrato es mercantil, se aplica el § 376 HGB que también concede un derecho de resolución “simplificado”, pero que se diferencia

---

ed. alemana por Blas Pérez González y José Alguer, 1ª ed., Barcelona, 1933, § 53.III); En el mismo sentido MEDICUS, *Schuldrecht, A.T.*, § 43 II 1 c aa núm. 513.

<sup>399</sup> Ello significa que si quiere optar por la resolución, aunque no tiene que conceder un plazo adicional al deudor ofreciéndole una última oportunidad para cumplir, debe notificarle su decisión de proceder a la liquidación de contrato mediante la declaración de advertencia de rechazar el cumplimiento (*Ablehnungsandrohung*) que en este caso tiene el carácter de un rechazo al cumplimiento (EMMERICH, § 326 BGB, núm. 81 y 118). De hecho es importante resaltar que la mera pérdida del interés del acreedor en el contrato no tiene en sí misma consecuencias jurídicas, ello significa que el deudor puede seguir cumpliendo como lo hacía anteriormente y el acreedor puede incurrir en *mora credendi* si no realiza una declaración de rechazar el cumplimiento (EMMERICH, § 326 BGB, núm. 117).

<sup>400</sup> § 361 BGB “Ist in einem gegenseitigen Vertrage vereinbart, daß die Leistung des einen Teiles genau zu einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der andere Teil zum Rücktritte berechtigt sein soll, wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder innerhalb der bestimmten Frist erfolgt”.

<sup>401</sup> LARENZ, *Schuldrecht, I, A.T.*, 14ª ed., 1987, § 21 I a.

de lo establecido en el BGB en el hecho de que la pretensión de cumplimiento sólo puede hacerse valer inmediatamente después de que pase el momento o plazo fijado para el cumplimiento (§ 376.1.2 HGB)<sup>403</sup>, de no hacerlo, al acreedor sólo le queda optar entre la resolución y la indemnización de daños por incumplimiento.

[206] Aunque el régimen previsto en el § 361 BGB v. ant. para los negocios a fecha fija se asemeja al establecido en el § 326.2 BGB v. ant. para los casos de mora cualificada —ambos prevén la posibilidad de que se declare la resolución sin necesidad de conceder un plazo de cumplimiento al deudor—, las diferencias entre uno y otro son notables. En este sentido, es importante resaltar que mientras que en el marco del § 361 BGB v. ant. el deudor no puede pretender un cumplimiento tardío, en el ámbito de la mora cualificada del § 326.2 BGB v. ant., su ofrecimiento de cumplimiento es válido en tanto el acreedor no haya declarado que lo rechazará.

Además, el régimen del § 361 BGB v. ant. es más favorable al acreedor, pues a diferencia de lo que sucede en los supuestos de mora en los que es necesaria la imputabilidad del retraso al deudor, en el ámbito de este precepto, la **imputabilidad del incumplimiento al deudor no juega ningún papel**<sup>404</sup>.

<sup>402</sup> El § 361 BGB constituye una norma de carácter dispositivo, de tal forma que las partes pueden pactar que no se aplique la resolución "simplificada" que dicho precepto prevé (JANBEN, § 361 núm. 6, en *Münchener Kommentar zum BGB*, II, p. 1431).

<sup>403</sup> Por lo que respecta al *Fixgeschäft* en el ámbito de la compraventa mercantil, el § 376 apartado primero del HGB establece: "Ist bedungen, daß die Leistung des einen Teiles genau zu einer festbestimmten Zeit oder innerhalb einer festbestimmten Frist bewirkt werden soll, so kann der andere Teil, wenn die Leistung nicht zu der bestimmten Zeit oder nicht innerhalb der bestimmten Frist erfolgt, von dem Verträge zurücktreten oder, falls der Schuldner im Verzug ist, statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Erfüllung kann er nur beanspruchen, wenn er sofort nach dem Ablaufe der Zeit oder der Frist dem Gegner anzeigt, daß er auf der Erfüllung bestehe."

<sup>404</sup> JANBEN, *Münchener Kommentar zum BGB*, § 361 núm. 1, p. 1430; EMMERICH, § 275 BGB, en *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, II, *Schuldrecht, A.T.*, (§§ 241-432), 3ª ed., 1994, pp. 781 a 808, § 275. 47. bb, pp. 792 a 793; THODE, R., § 284 BGB, en *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, II, *Schuldrecht, A.T.*, (§§ 241-432), 3ª ed., Munich, 1994, pp. 939 a 959, § 284 núm. 24, p. 949).

A ello hay que añadir que mientras que conforme a lo establecido en el § 361 BGB v. ant., se **presume la pérdida del interés del acreedor en el cumplimiento**<sup>405</sup>; en el marco del § 326.2 BGB v. ant. se exige una rigurosa prueba de que “como consecuencia de la mora el cumplimiento del contrato no tiene ningún interés para la otra parte”<sup>406</sup>. En la práctica, la jurisprudencia alemana ha sido rígida a la hora de exigir la relación de causalidad que debe darse entre el retardo del deudor y la desaparición del interés del acreedor, colocándose desde una perspectiva totalmente objetiva al juzgar cuál es el interés del acreedor que debe tenerse en cuenta, tomándose como referencia el fin del contrato, que es lo que se desea salvar, y no los intereses personales del acreedor<sup>407</sup>.

## 2. «Absolute Fixgeschäfte» o negocios a fecha fija absolutos

[207] Junto a la categoría de negocios a fecha fija prevista en el § 361 BGB v. ant., que hemos denominado “relative Fixgeschäfte”, la doctrina alemana señaló la existencia de otro tipo de negocios, los **negocios a fecha fija absolutos** (*absolute Fixgeschäfte*) en los que el tiempo de cumplimiento es tan esencial que el transcurso del mismo hace

<sup>405</sup> El § 361 BGB realmente contiene una regla de interpretación pues declara que cuando las partes establecen en un contrato bilateral que la prestación tiene que realizarse puntualmente en un momento determinado o dentro de un plazo establecido, “en la duda” (*im Zweifel*) ha de entenderse que la otra parte está autorizada a resolver el contrato si la prestación no se realiza en el momento previsto o dentro del plazo establecido (LARENZ, *Schuldrecht*, I, A.T., 14ª ed., 1987, § 26 a).

<sup>406</sup> Aunque no es necesario que el deudor pudiera prever la desaparición del interés del acreedor en la prestación (MEDICUS, *Schuldrecht*, A.T., § 43 II 1 c aa núm. 513 y EMMERICH, § 326 núm. 106). EMMERICH pone como ejemplo subsumible en el § 326 (2) BGB el caso del vendedor cuyo interés en el contrato decae cuando, como consecuencia de la mora del comprador en el pago, ya sólo puede conseguir las mercaderías que tiene que suministrar al comprador a un precio superior al calculado. Sin embargo, la mera posibilidad de una mayor ganancia mediante la utilización alternativa de las mercaderías, como consecuencia de un aumento repentino de los precios en el mercado, no justifica la pérdida del interés del acreedor. Señala este autor que si el vendedor desea protegerse contra los peligros asociados a las oscilaciones de precios debe acordar una compraventa a fecha fija. Tampoco justifica la pérdida del interés la sola circunstancia de que la conservación de las mercaderías genere costes y cargas al vendedor, en tanto exista interés en la continuación del contrato (§ 326 BGB, núm. 108 y 109 y ss. contiene más ejemplos).

**absolutamente imposible** (*überhaupt unmöglich*) la prestación<sup>408</sup>. Ello es así porque, bien por un acuerdo expreso de las partes, o bien de las circunstancias que se desprenden de los intereses de las partes, la prestación del deudor sólo puede ser realizada en un momento determinado o dentro de un plazo delimitado. Si las partes no lo han establecido expresamente en su acuerdo, a través de la interpretación del contrato se puede llegar a determinar si querían otorgar dicho significado al momento de prestación, aunque cualquier duda sobre la existencia de dicho acuerdo, excluye la posibilidad de estimar que nos encontramos ante un *absolute Fixgeschäft*<sup>409</sup>.

En este sentido se pueden considerar negocios a fecha fija absolutos: los vuelos especiales (por ejemplo, con el propósito de trasladar a los aficionados de un club de fútbol para asistir a un partido de su equipo), la petición de un taxi a una hora concreta con la indicación de que ha de llevar al cliente a la estación para coger un determinado tren, la contratación de un artista para que participe en un concierto sinfónico, la solicitud de un fotógrafo para una boda, contratos de suministro de determinadas cantidades de alimentos frescos para su consumo inmediato en ciertos acontecimientos. También son ejemplos de este tipo de negocios, aquéllos que tienen como objeto artículos de temporada típicos (*vr. gr.* árboles de Navidad)<sup>410</sup>.

[208] Se afirmaba que, en este tipo de negocios, la prestación efectuada con posterioridad al momento previsto para ello constituía una prestación totalmente diferente a la pactada, y con ella, en ningún caso se realizaba

---

<sup>407</sup> EMMERICH, § 326 BGB, núm. 114 a 116.

<sup>408</sup> JANßEN, § 361, núm. 4, en *Münchener Kommentar zum BGB*, p. 1430; LARENZ (*Schuldrecht*, I, A.T., 14ª ed., 1987, § 23 III), habla de una imposibilidad definitiva (*endgültige Unmöglichkeit*).

<sup>409</sup> THODE, § 284, núm. 24 a, en *Münchener Kommentar zum BGB*, p. 949.

<sup>410</sup> Estos y otros ejemplos en EMMERICH, § 275 núm. 44, en *Münchener Kommentar zum BGB*, p. 792.



el interés del acreedor<sup>411</sup>. Por esta razón, se defendió que a los negocios a fecha fija se les aplicaran las **reglas sobre la imposibilidad (§§ 323 BGB v. ant. y ss)**; dicho en otras palabras, **si no se respetaba el momento de la prestación, se consideraba que ésta había devenido imposible.**

Por tanto, para determinar las consecuencias que sobre el contrato provocaba la falta de cumplimiento en el momento o plazo pactado en los negocios a fecha fija absolutos, había que distinguir según cuál fuera la causa del incumplimiento.

1. Cuando la falta de cumplimiento **no era imputable ni al deudor ni al acreedor**, el deudor quedaba liberado de su deber de prestación (§ 275 BGB v. ant.) pero, conforme a lo previsto en el § 323 (1) BGB v. ant., perdía su derecho a exigir la contraprestación del acreedor. En este sentido se hablaba de una **extinción automática del contrato** o *ipso iure Auflösung*, que se diferenciaba claramente de la resolución por incumplimiento. Si a pesar de no recibir la prestación, el acreedor prefería exigir el **commodum sustitutivo** conforme al § 281 BGB v. ant., entonces, estaba obligado a efectuar su contraprestación reducida en la misma proporción en la que lo estaba el **commodum** respecto del valor de la prestación inexecutada.

2. Si la falta de cumplimiento del deudor en el momento pactado era **imputable al acreedor**, resultaba aplicable lo previsto en el § 324 BGB v. ant., conforme al cual, el deudor, a pesar de no tener que realizar su prestación, podía exigir la contraprestación del acreedor aunque reducida en la medida del ahorro que experimentaba el deudor que no tenía que realizar su contraprestación.

<sup>411</sup> EMMERICH, § 275, núm. 43, en *Münchener Kommentar zum BGB*, pp. 791-792; LARENZ, *Schuldrecht*, I, A.T., 14ª ed., 1987, § 21 I a.

3. Por último, si la falta de cumplimiento del deudor en el momento pactado era **imputable al propio deudor** había que acudir al § 325 BGB v. ant.<sup>412</sup> que otorgaba al acreedor una **cuádruple opción**:

**Primera.-** solicitar una **indemnización de daños por incumplimiento** (“*Schadensersatz wegen Nichterfüllung*”) cuya cuantía variaba según el acreedor hubiese realizado ya su contraprestación o por el contrario, todavía no hubiese procedido a su ejecución.

**Segunda.-** proceder a la **resolución del contrato** (*Rücktritt*) a través de una declaración dirigida al deudor<sup>413</sup>. En el caso de que ya hubiese realizado su prestación podía exigir la restitución de lo entregado conforme a lo previsto en los §§ 346 y ss BGB v. ant.

**Tercera.-** invocar la **extinción del derecho del deudor a exigir su contraprestación**, conforme a la remisión que el § 325 BGB v. ant. hacía al § 323 BGB v. ant. Solución ésta que no presentaba más ventajas para el acreedor que las que le ofrecía la resolución, sino que incluso más inconvenientes, puesto que si había ejecutado su contraprestación, sólo podía pedir la restitución por la vía del enriquecimiento injusto<sup>414</sup>.

**Cuarta.-** reclamar el *commodum* sustitutivo del § 281 BGB v. ant. a cambio de su contraprestación reducida proporcionalmente (§ 323.2 BGB v. ant.). Esta vía sólo ofrecía ventajas cuando el resarcimiento que le correspondía al deudor era más elevado que los daños que sufría el acreedor<sup>415</sup>.

Cómo hemos señalado, era el acreedor quien elegía entre las cuatro posibilidades que se le ofrecían, y en tanto no lo hiciese, se

<sup>412</sup> § 325 (1) BGB: “Wird die aus einem gegenseitigen Verträge dem einen Teile obliegende Leistung infolge eines Umstandes, den er zu vertreten hat, unmöglich, so kann der andere Teil Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder von dem Verträge zurücktreten (...) Statt des Anspruchs auf Schadensersatz und des Rücktrittsrechts kann er auch die für den Fall des § 323 bestimmten Rechte geltend machen.”

<sup>413</sup> En el ejercicio del “*Rücktrittsrecht*” el acreedor sólo tiene que probar la imposibilidad, no la culpa (ENNECCERUS, *Derecho de obligaciones*, I, *Doctrina general*, § 48.III).

<sup>414</sup> MEDICUS, *Schuldrecht*, I, A.T., § 42.III.3. núm. 497.

producía una situación de pendencia (*Schwebezustand*) en la que no se sabía si finalmente subsistiría la relación obligatoria y cuál sería, en su caso, su contenido<sup>416</sup>. Si el acreedor optaba por la resolución del contrato, ésta tenía lugar mediante declaración unilateral y su eficacia sólo dependía de su recepción por parte del deudor, momento a partir del cual la elección del acreedor era definitiva; si optaba por hacer valer la extinción del contrato contemplada en el § 323 BGB, debía realizar una declaración de voluntad en tal sentido, que tenía carácter definitivo cuando era recibida por el deudor<sup>417</sup>. En cambio, la jurisprudencia entendía que en el caso de que el acreedor optase por exigir la indemnización por incumplimiento, éste seguía facultado para elegir cualquiera de las otras alternativas en tanto el deudor no hubiese procedido al cumplimiento de dicha indemnización<sup>418</sup>.

#### B. LOS «NEGOCIOS A FECHA FIJA» EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA

[209] Desde muy temprano, un sector importante de nuestra doctrina acudió a las categorías alemanas de negocios a fecha fija absolutos y relativos y, en cierta medida, importó las soluciones que para ellas contemplaba el Derecho alemán.

<sup>415</sup> MEDICUS, *Schuldrecht*, I, A.T., § 42.III.4. núm. 498.

<sup>416</sup> LARENZ, *Schuldrecht*, I, A.T., 14ª ed., 1987, § 22.II.a.

<sup>417</sup> LARENZ, *Schuldrecht*, I, A.T., 14ª ed., Munich, 1987, § 22.II.a. Para defender esta solución, se basa en el tenor literal del § 325 BGB que señala que el acreedor tiene que “ejercitar” o “hacer valer” (*geltend machen*) el derecho reconocido en el § 323 BGB, lo cual tiene lugar mediante declaración de voluntad. Y es precisamente mediante esta declaración, como se produce la extinción de las obligaciones bilaterales. En contra de la doctrina que defiende que en este caso como en el regulado en el § 323 BGB, la obligación del acreedor desaparece *ipso iure*, sin que sea necesaria su declaración, afirma que esta opinión no tiene en cuenta que mientras que el acreedor pueda optar por exigir una indemnización de daños por incumplimiento, ninguna de las partes queda totalmente liberada, es más, las obligaciones bilaterales se encuentran en suspenso y dichas obligaciones sólo desaparecen con la declaración (LARENZ, *Schuldrecht*, I, A.T., § 22.II.a nota al pie núm. 17). MEDICUS (*Schuldrecht*, I, A.T., § 42 III 3 núm. 497) también afirma que es necesaria una elección en tal sentido por el acreedor, a través de una declaración dirigida al deudor, aunque aclara que técnicamente la declaración no constituye una resolución.

<sup>418</sup> LARENZ, *Schuldrecht*, I, A.T., 14ª ed., 1987, § 22.II.a.

[210] a. Los primeros en realizar una tarea de este tipo son **Pérez González y Alguer**. Estos autores, en sus anotaciones al Ennecerus-Lehmann, comienzan por apuntar que es posible que en determinados casos, la intención de las partes sea la de considerar imposible el cumplimiento posterior, (citan como ejemplo el encargo de un coche para ir a la estación). A este tipo de negocios, los denominan, transcribiendo a los alemanes, **negocios a fecha fija absolutos**. Respecto de ellos predicen que el tiempo de cumplimiento “tiene un valor *esencial* hasta el punto de hacer **imposible el cumplimiento posterior**”, lo que les lleva a concluir que, si no se cumple a tiempo, se aplican las normas sobre la imposibilidad de la prestación<sup>419</sup>.

Junto a los negocios a fecha fija absolutos, admiten la existencia de otro tipo de negocios que, siguiendo a los alemanes, denominan **negocios a fecha fija relativos**. Este tipo de negocios se caracterizan porque si el negocio no es cumplido a tiempo, “**el acreedor tendrá derecho a resolverlo** (art. 1124 ap. 1), **aunque**, a pesar de la importancia de la exacta observancia del tiempo, **no sea imposible el cumplimiento posterior**”, pues tratándose de negocio a fecha fija, no concurrirán “causas justificadas” que autoricen al juez a señalar un plazo adicional al deudor<sup>420</sup>.

[211] b. Posteriormente, **Fernández Rodríguez**<sup>421</sup>, en un comentario a la STS de 24 de septiembre de 1954<sup>422</sup>, también traslada a nuestro Derecho ambas categorías alemanas. Esto le lleva a afirmar que existen unos **negocios fijos absolutos**, en los que el tiempo de la prestación es

<sup>419</sup> PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Derecho de Obligaciones*, 1ª ed., p. 133 en la que se remite a la solución alemana descrita en la p. 130.

<sup>420</sup> PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Derecho de Obligaciones*, vol. I, 1ª ed., p. 133.

<sup>421</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C., “*Término esencial*. (Sentencia de 24 de septiembre de 1954)”, *A.D.C.*, 1954, VII, fascículo IV, pp. 937 a 942.

<sup>422</sup> Ponente: Excmo. Sr. D. Celestino Valledor.

contenido esencial de ésta, de tal forma que “la prestación no puede ser realizada fuera del tiempo convenido, y que transcurrido el término pactado **la prestación no ejecutada deviene imposible**”. Este autor defiende que en los negocios fijos absolutos, “la prestación ha de realizarse irremisiblemente dentro de cierto plazo o en un determinado momento, de forma tal que la prestación extemporánea no constituye un cumplimiento prematuro o tardío de la obligación, sino que simplemente no constituye cumplimiento alguno”, a lo que añade que “como consecuencia, **si no es cumplida la obligación en el momento o dentro del plazo convenidos, se producen los efectos jurídicos consecuentes a la imposibilidad de la obligación**”<sup>423</sup> (si bien, no especifica cuáles son esos efectos). Al igual que lo hace la doctrina alemana, sostiene que respecto de los denominados negocios a fecha fija absolutos, la interpretación sobre la existencia de los mismos debe ser restrictiva, teniendo en cuenta las consecuencias tan rigurosas que tiene<sup>424</sup>.

Fernández Rodríguez encuentra una clara expresión de lo que hemos expuesto en el Considerando segundo de la STS de 24 de septiembre de 1954 cuando declara que son supuestos en los que se ha estipulado un término fijo de cumplimiento inexcusable, transcurrido el cual “ya no es posible conseguir la finalidad perseguida por las partes”.

En el caso resuelto por la STS de 24 de septiembre de 1954, el demandante había encargado un número concreto de cajas-envase de madera que debía ser entregado en un plazo determinado. A causa de las restricciones eléctricas, el demandado sólo pudo fabricar en dicho plazo un treinta por ciento del número de cajas pactado. El demandante exigió la entrega del resto y la indemnización de daños. En primera instancia se desestimó la demanda. En apelación se condenó al demandado al

<sup>423</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Término esencial”, *A.D.C.*, 1954, p. 940. A este tipo de casos también se refiere FERNÁNDEZ CANTOS (“La resolución de los contratos por causa de incumplimiento (requisitos necesarios para la aplicación del artículo 1124)”, *R.G.L.J.*, núm. 209, 1960, pp. 34 a 114) quién afirma que, en los negocios a fecha fija, la falta de cumplimiento en el momento pactado fuerza a considerar la existencia de un incumplimiento prácticamente irremplazable que nos lleva forzosamente a la resolución (pp. 61-62 y p. 102).

<sup>424</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Término esencial”, *A.D.C.*, 1954, pp. 940 a 941.

cumplimiento pero no a la indemnización. El TS declaró no haber lugar al recurso de casación presentado por el demandado.

El TS centra su argumentación en el hecho de que en el caso en cuestión existió fuerza mayor y ésta operó de forma suspensiva. En el Considerando segundo de la sentencia, afirma que la fuerza mayor puede operar de forma transitoria retardando el cumplimiento, que revive al cesar los efectos de la fuerza mayor, a lo que añade: **“salvo que el contrato haya perdido su valor por haberse estipulado un término fijo de cumplimiento inexcusable transcurrido el cual ya no es posible conseguir la finalidad perseguida por las partes”**.

El recurrente alegaba que existía un término esencial; sin embargo, el TS en el Considerando tercero de la sentencia resuelve que “no se está en presencia de un *contrato a fecha fija*, en el que actúa el factor tiempo como requisito o condición esencial, según está implícitamente reconocido por el demandado al entregar parte de las cajas después de haber transcurrido el plazo contractual...”

De las afirmaciones del TS es fácil concluir que reconoce la existencia de los negocios a fecha fija, aunque en el caso concreto, lo relevante son los efectos suspensivos que puede tener la fuerza mayor<sup>425</sup>.

Y por lo que respecta a los **negocios fijos relativos**, sostiene Fernández Rodríguez que la llegada del *dies* pactado no provoca la imposibilidad de la ejecución de la prestación no realizada, sino que

<sup>425</sup> Un razonamiento semejante lo encontramos con anterioridad en la STS de 16 de mayo de 1941 (R.A. 630) en la que, además, el TS estima que existía un contrato a fecha fija.

En el caso resuelto por esta sentencia, se había celebrado un contrato de compraventa de unos bocoyes de vino de una determinada graduación. El vendedor había entregado una primera partida de vino de una graduación algo menor de la prevista, notificándoselo al comprador con la promesa de compensarla en las siguientes entregas. El comprador presenta demanda solicitando el cumplimiento del contrato y en reconvenición el vendedor solicita la resolución del contrato. El comprador presenta recurso de casación contra la sentencia que declara la resolución. El TS declara no haber lugar al recurso. En el CDO quinto de la sentencia reconoce que absuelve al demandado de la acción de cumplimiento en la parte aún no ejecutada fundándose en el hecho de que el demandante carece de acción para exigir el cumplimiento parcial “que si no se ejecutó por completo fue debido a causa que a él mismo es imputable por no haberse hecho cargo de la mercancía en el plazo convenido”. En contra del motivo del comprador que se funda en que existió imposibilidad porque el estallido de la guerra determinó la carencia de medios de transporte, el TS considera probado que el comprador ya había incumplido el contrato dejando de retirar la mercancía correspondiente al mes de junio (antes del estallido de la guerra); además declara que dicha guerra no originó la imposibilidad de transporte, y en cualquier caso, la fuerza mayor opera unas veces de forma definitiva extinguiendo la prestación, y otras de forma transitoria retardando el cumplimiento de la obligación. En este supuesto la obligación revive al cesar la actualidad de la fuerza mayor “salvo que el contrato haya perdido su valor por no ser posible ya conseguir la finalidad perseguida por las partes, que es precisamente lo que ocurre en el caso de autos, pues el pacto en virtud del cual el comprador habría de hacerse cargo de la mercancía mediante extracciones parciales que quedarían totalmente ejecutadas en el mes de agosto, a fin de que las bodegas del vendedor quedasen libres y en condiciones de recibir la próxima cosecha, según declara la sentencia recurrida, implica pacto típico, en beneficio del vendedor, de un *negocio a término en el que la fijación de la fecha de cumplimiento adquiere categoría de requisito esencial del contrato por las circunstancias y la intención*”.

**otorga al acreedor el derecho a resolver y consiguientemente a rechazar la prestación tardía<sup>426</sup>.**

[212] c. L. Díez-Picazo destaca que el tiempo de cumplimiento de la prestación ha ido adquiriendo un papel cada vez más importante, convirtiéndose en un aspecto básico para la satisfacción del interés de las partes en el contrato, y principalmente del acreedor. Así, expone que es posible que el interés del acreedor únicamente se satisfaga en el momento prefijado, como sucede cuando se contrata un automóvil para hacer una excursión o un viaje en un determinado día, o se contrata un cantante para que actúe en una fiesta; a lo que añade que también puede ocurrir que aunque el interés básico del acreedor sólo se satisfaga en el tiempo fijado para la prestación, la utilidad de la prestación, aunque distinta, subsista (por ejemplo, a un exhibidor de películas que contrata con un distribuidor la proyección de un film famoso para la época de fiestas de una localidad, es posible que le siga interesando la proyección de la película aunque sea en un momento diferente de las fiestas de la localidad)<sup>427</sup>.

Según este autor, esta circunstancia ha llevado a que la doctrina y la jurisprudencia reconozcan la categoría alemana de los denominados

---

*que lo determinaron*, razones por las que, en cualquiera de los supuestos referidos, el demandante carecería de la acción que ha ejercitado" (CDO séptimo).

<sup>426</sup> Díez-PICAZO afirma que la distinción así trazada entre negocio a fecha fija absoluto y relativo implica dos tipos de problemas distintos como son el incumplimiento y la consiguiente facultad resolutoria por un lado, y la imposibilidad sobrevenida por otro. Por ello este autor se decanta por la distinción realizada por ESSER conforme a la cual, en los supuestos de negocio fijo relativo, la observancia del tiempo de prestación determina que una ejecución posterior huelgue por completo. En este caso, el interés del acreedor queda transformado en un crédito pecuniario si el acreedor no ejercita su derecho de resolución, (puede optar entre ambas alternativas). Por lo que respecta al negocio fijo absoluto, una prestación tardía no es ya la prestación debida, es una prestación distinta. No puede ser la prestación debida porque ésta ha devenido imposible con la expiración del plazo: en tales casos, el acreedor tiene un inmediato derecho de resolución y queda liberado del vínculo. Nótese que en ambos casos parece que la pretensión de cumplimiento *in natura* desaparece (*Fundamentos*, II, pp. 339-340).

<sup>427</sup> Díez-PICAZO, *Fundamentos*, II, pp. 338-440.

negocios a fecha fija<sup>428</sup> y la distinción entre negocio fijo absoluto y relativo. De la distinción entre ambos tipos de negocios a fecha fija este autor extrae unas consecuencias especiales: “parece que la diferencia entre término esencial absoluto y el relativo debe situarse en el hecho de que **en el caso de "término relativo" el acreedor puede todavía reclamar el cumplimiento retrasado (...)** Ahora bien, tanto en el caso de término absoluto como en el del término relativo, el deudor no puede pretender una prestación tardía y el acreedor dispone de un **derecho de resolución del vínculo**, que parece que **en el caso de término esencial propio es automático y en el caso de término esencial impropio se exige una comunicación dirigida por el acreedor al deudor en tal sentido**”<sup>429</sup>.

La especialidad de las conclusiones extraídas por este autor la colocamos, sobre todo, en el carácter automático que le atribuye a la resolución que opera en caso de término absoluto. Es posible concluir que, conforme a lo que acabamos de apuntar, la resolución operaría de forma automática, al margen de la voluntad del acreedor que no podría elegir entre el resto de remedios disponibles; la resolución tendría lugar con independencia de la imputabilidad del incumplimiento al deudor<sup>430</sup>

<sup>428</sup> En tal sentido cita a PÉREZ y ALGUER, VICENTE GELLA, FERNÁNDEZ NOVOA (*sic*), y la STS de 24 de septiembre de 1954 (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 339).

<sup>429</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 340. Y lo mismo encontramos en DÍEZ-PICAZO y GULLÓN *Instituciones de Derecho civil*, I, p. 502, en donde al comentar el término esencial absoluto y el relativo se defiende que en ambos supuestos, el deudor no puede pretender liberarse con una prestación tardía y el acreedor dispone de un “derecho de resolución del vínculo obligatorio”, sin embargo ambos tipos de término esencial se diferencian en el hecho de que “en el caso de **término esencial propio esta resolución debe entenderse como automática**, mientras que en el **término esencial impropio exige una comunicación dirigida por el acreedor al deudor en tal sentido**, disponiendo, por tanto, el acreedor de la opción para reclamar todavía un cumplimiento retrasado, no obstante el transcurso del término.” Parece sumarse a esta solución FERNÁNDEZ URZAINQUI, “El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales”, *Aranzadi civil*, I, 1997, pp.51 a 85, pp. 77 a 78.

<sup>430</sup> Si tenemos en cuenta que tanto en los casos de incumplimiento del término absoluto como en los de imposibilidad sobrevenida de la prestación, se produce un incumplimiento definitivo (en el sentido de que no es posible un cumplimiento posterior), la solución respecto de la resolución no debería diferir mucho en uno y otro caso (de hecho cuando estudia el término esencial absoluto, siguiendo a Esser afirma que “la prestación convenida ha devenido imposible con la expiración del plazo”; *Fundamentos*, II, p. 340). A pesar de ello, llama poderosamente la atención el hecho de que este mismo autor, al estudiar la imposibilidad sobrevenida, no defienda una resolución automática. Respecto a la resolución en los casos



(en el caso de que fuese imputable al deudor parece razonable entender que podría ir acompañada de la indemnización de daños y perjuicios).

[213] d. También **Delgado Echeverría** parece mostrarse a favor del reconocimiento de la categoría de los **negocios fijos absolutos** cuando admite que puede haber supuestos en los que la esencialidad del tiempo de cumplimiento sea absoluta<sup>431</sup>. Según este autor, en aquellos casos en los que la prestación carece de cualquier utilidad apreciable en época distinta de la pactada no hay mora —porque ésta presupone que el interés del acreedor, aunque tardíamente, puede todavía realizarse—, sino que nos hallamos ante un supuesto de **imposibilidad física o económica**, en cuyo caso, el acreedor exigirá “directamente y únicamente, la **indemnización por incumplimiento definitivo**”<sup>432</sup>.

Con esta afirmación, el autor únicamente nos pone de manifiesto que la pretensión de cumplimiento desaparece, porque el cumplimiento deviene imposible, pero no deja claro qué sucede con el contrato (en concreto si se resuelve y se reclama la indemnización de daños, o por el contrario el acreedor reclama la indemnización de daños y ejecuta su propia contraprestación); si bien, como ya tuvimos ocasión de comprobar, ni siquiera en los casos de imposibilidad sobrevenida fortuita considera defendible la existencia de una resolución automática (si la prestación deviene imposible por causa imputable al deudor, sostiene que procede la resolución “a petición del acreedor”)<sup>433</sup>.

---

de imposibilidad sobrevenida no imputable nos remitimos a [--] y por lo que respecta a la imposibilidad sobrevenida imputable, sostiene Díez-Picazo que en este caso el acreedor puede optar entre pedir la equivalente ejecutando su propia prestación, o desligarse del contrato reduciendo la indemnización que pueda pedir por los daños ulteriores (*Fundamentos II*, p. 656).

<sup>431</sup> DELGADO, en LACRUZ et al., *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1, *General del Contrato*, § 23, pp. 186 y 187 § 23, núm. 112, p. 182.

<sup>432</sup> DELGADO, en LACRUZ et al., *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1, § 23, pp. 186 y 187, § 23, núm. 112, p. 182.

<sup>433</sup> DELGADO en LACRUZ et al., *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1, § 26, núm. 125, p. 198.

Junto a este tipo de supuestos, resalta la existencia de otro tipo de casos en los que la prestación es urgente “en la mente de los contratantes, y según su propia naturaleza o circunstancias”, pero “no deja de tener utilidad hecha más tarde” (**negocios a fecha fija relativos**), en cuyo caso, el acreedor decide si opta por exigir la **indemnización de daños** como si el cumplimiento fuera imposible, o si exige el **cumplimiento tardío**<sup>434</sup>.

[214] e. **Sancho Rebullida**<sup>435</sup> es mucho más explícito en sus declaraciones. Después de manifestar que se está convirtiendo en una práctica frecuente el hecho de que las partes pacten que las prestaciones derivadas del contrato deban tener lugar en un momento preciso, fuera del cual, la prestación no deba realizarse ni tener ningún valor —pone como ejemplo la contratación de un torero para la corrida de Pascua—, reconoce que son los casos denominados por la doctrina alemana “negocios a fecha fija” (absolutos), que han sido reconocidos por la jurisprudencia en la STS de 24 de septiembre de 1954. Según este autor, para dar solución a este tipo de negocios, resulta aplicable la regla de la resolución de los contratos<sup>436</sup>. En concreto afirma: “en tales supuestos **el contrato en el que se ha previsto un término esencial de cumplimiento debe quedar sin efecto, incluso *ipso iure*** y sin esperar a que se decrete la resolución por los tribunales, sobre todo cuando así lo hubieren acordado los contratantes”.

<sup>434</sup> DELGADO, en LACRUZ et al., *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1, § 23, pp. 186 y 187, § 23, núm. 112, p. 182.

<sup>435</sup> SANCHEZ REBULLIDA, en LACRUZ et al., *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1, § 63, núm. 295, p. 477.

<sup>436</sup> SANCHEZ REBULLIDA, estima que procede la resolución “cuando la falta de cumplimiento de la obligación en el día previsto determina la frustración del intento práctico perseguido por uno de los contratantes, por consecuencia de un hecho obstativo, definitivo e irreformable” (en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1, § 63, p. 477).

[215] f. Por último, nos queda hacer referencia a un sector doctrinal que si bien no duda en admitir la categoría alemana de los “negocios a fecha fija”, sólo se refiere a los que la doctrina alemana ha calificado de “relativos”. Es decir, se circunscribe a los casos regulados por el § 361 BGB y § 376 HGB, o bien acude al ámbito del § 326.2 BGB que como hemos visto no regula los supuestos de término esencial, sino de mora cualificada, y además contiene unos requisitos más rigurosos que el § 361 BGB para que proceda la resolución.

En este sentido podemos citar a Vicente y Gella que únicamente contempla los negocios a fecha fija regulados en el § 361 BGB y § 376 HGB<sup>437</sup> y Pintó Ruiz que resuelve los casos de término esencial recurriendo al § 326.2 BGB<sup>438</sup>.

### ***C. LA CATEGORÍA DE LOS «NEGOCIOS A FECHA FIJA» EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO***

[216] Ya hemos tenido ocasión de comprobar que la doctrina acude a la jurisprudencia para reforzar el reconocimiento en nuestro derecho de la categoría de los negocios a fecha fija. En concreto, se suele citar la sentencia de **24 de septiembre de 1954**, pero también son constantes las referencias a dos decisiones jurisprudenciales muy tempranas: las sentencias de **10 de diciembre de 1947**<sup>439</sup> y de **27 de enero de 1948**<sup>440</sup>.

<sup>437</sup> VICENTE Y GELLA (“El Término esencial”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1949, núm. 22, pp. 7 a 41).

<sup>438</sup> Así PINTÓ RUIZ que en el caso del padre que encarga un vestido de primera comunión para su hija, y el deudor se retrasa en la entrega, de tal forma que el vestido no está listo para ese día afirma que “esa mora no implica mero retraso, sino las consecuencias de un verdadero incumplimiento”, entendido en el sentido de que el modista no ha cumplido en absoluto. Después de la fecha, el padre ya no tiene ningún interés, ni le puede aportar ninguna utilidad. En este supuesto, dice que la solución prevista en el 326.2 que permite al acreedor rechazar la prestación y exigir la resolución es la perfecta (PINTÓ RUIZ, “En torno a la llamada condición resolutoria tácita (art. 1124 C.C.)”, *R.J.C.*, 1953, pp. 291 a 303, p. 293, nota 7).

<sup>439</sup> STS de 10 de diciembre de 1947, R.A. 1361.

[217] a. La STS de 10 de diciembre de 1947 se refiere a un caso en el que las partes habían celebrado un contrato de transporte de azufre “con la condición de que la mercancía fuera embarcada en un determinado período de tiempo”. En dicho plazo sólo se efectuó el transporte de una parte del azufre, por causas sólo imputables al porteador. Transcurrido un año de la fecha de vencimiento del plazo pactado en el contrato, la otra parte contratante presenta demanda solicitando el cumplimiento del contrato y la indemnización de daños y perjuicios. El Tribunal Supremo desestima la pretensión de cumplimiento y estima la pretensión de indemnización de daños y perjuicios.

El TS llega a esta conclusión una vez que constata que nos encontramos ante un negocio a fecha fija (absoluto), en el que no es viable el cumplimiento extemporáneo<sup>441</sup>. Prueba del reconocimiento de esta categoría de negocios lo constituye el Considerando segundo de la sentencia donde declara: “Que las causas de extinción de las obligaciones no están señaladas de modo exhaustivo en el artículo 1156 del Código Civil, según dijo ya esta Sala en sentencia de 5 de diciembre de 1940, y entre otros modos cancelatorios no comprendidos en dicho precepto legal, cabe incluir el de haber expirado el plazo de aquellas obligaciones que no son susceptibles de prestación tardía por haber sido elevado a la categoría de condición esencial el cumplimiento imperioso en una fecha o período de tiempo determinados, como momento único en que la prestación puede rendir el provecho o utilidad que los interesados persiguen al celebrar el contrato, y en estos negocios «a fecha fija», vencido el plazo sin que la obligación haya sido cumplida, surge la mora del deudor, a efectos de reclamación de daños y perjuicios, sin necesidad de intimación por parte del acreedor,

---

<sup>440</sup> STS de 27 de enero de 1948, R.A. 23.

<sup>441</sup> CDO tercero.

según prescribe el artículo 1100 del Código civil<sup>442</sup>, pero ya **no es posible exigir eficazmente el cumplimiento de la obligación**, tanto porque jurídicamente habría fenecido, como porque el cumplimiento extemporáneo, además de contrariar los términos del consentimiento dado podría prestarse a especulaciones del acreedor que quisiera aprovecharse de una alteración de las circunstancias contractuales, determinantes de un mayor lucro para él a costa del deudor, agravado en su responsabilidad con una prestación excesivamente onerosa, o a la inversa, podría llevar a un lucro ilícito del deudor en el supuesto contrario de alteración sobrevenida que le favorecería a él y perjudicase al acreedor”.

Previamente, en el Considerando primero de la sentencia, el TS había declarado que “para que sea viable la acción de cumplimiento habrá de ser ejercitada durante la vigencia del contrato de que dimana la obligación recíproca, porque una vez extinguida ésta resultaría antijurídica la pretensión de hacerla sobrevivir, y sólo subsistirán en su caso, los efectos del incumplimiento traducidos en la correspondiente indemnización”.

De las palabras del TS se desprende que en caso de incumplimiento del término esencial absoluto, desaparece la pretensión de cumplimiento. Por lo que respecta al contrato, aunque lo cierto es que se limita a afirmar que el acreedor puede exigir la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento, no declara expresamente la resolución del mismo por incumplimiento. Sin embargo, la referencia que hace al artículo 1124 CC para fundamentar la opción de la que dispone el acreedor entre la resolución y el cumplimiento (Cdo.

---

<sup>442</sup> No podemos compartir esta afirmación del Tribunal Supremo, pues como señala DELGADO, en los casos de término esencial absoluto no existe mora del deudor (que por definición exige la posibilidad de cumplimiento posterior) y la indemnización de daños procede por incumplimiento (arts. 1101 CC y ss. no en virtud del art. 1100 CC).

primero), alegando que en este caso la pretensión de cumplimiento es inviable, hace pensar que la indemnización de daños y perjuicios acompaña a la resolución del contrato pues únicamente le queda la opción de la resolución, acompañada en su caso de la indemnización de daños y perjuicios.

[218] **b. La sentencia de 27 de enero de 1948** resuelve un caso en el que la demandante reclama el cumplimiento del contrato por el que la demandada se obligaba a facilitar un determinado número de películas cinematográficas para la exhibición en turno de estreno durante un período de tiempo fijado (enero a julio de 1941). La demanda resulta desestimada y la parte actora presenta recurso de casación. El motivo único del recurso se amparaba en la errónea interpretación que la sala de instancia hace de la cláusula sexta del contrato. Según la sala de instancia, la fecha del 31 de julio de 1941 era preclusiva por voluntad de las partes, deducida de la naturaleza propia del contrato. Sin embargo, la recurrente sostiene que dicha cláusula le asistía para exigir el cumplimiento en la temporada de estrenos siguiente. El TS desestima el recurso de casación.

En el Considerando cuarto de la sentencia, el TS declara que: “(...) es indudable que se está en presencia de un **contrato a fecha fija** en el que adquiere el **factor tiempo** de vigencia el rango de **condición esencial y excluyente del cumplimiento extemporáneo a instancia de uno de los interesados contra la voluntad del otro**, ya que en dicha figura contractual, va implícita la intención de que lo convenido tenga efecto imperioso en una **fecha o período determinado como momento único en que la prestación puede rendir el provecho o utilidad que los contratantes esperan obtener**”.

[219] c. El resto de las sentencias estudiadas en las que aparece la figura de los negocios a fecha fija, no se apoyan en ella para resolver el caso en cuestión, sino que se limitan a describirlo como un supuesto en el que el tiempo de cumplimiento es tan importante que si no se cumple en el mismo, la **prestación tardía no rinde la finalidad perseguida**. En tal sentido podemos citar la STS de 10 de marzo de 1949<sup>443</sup> y la STS de 13 de febrero de 1950<sup>444</sup>.

En alguna sentencia más o menos reciente es posible encontrar la referencia a los negocios a fecha fija. Así sucede en la STS de 8 de noviembre de 1997<sup>445</sup> en la que el Tribunal Supremo declara que para la resolución basta “que se produzca un hecho obstaculizador al fin normal del contrato, frustrante de legítimas expectativas de alcanzar el fin perseguido con el vínculo contractual, vulnerando así la parte incumplidora la obligación sustancial asumida pues que lo meramente accesorio no genera resolución, como tampoco el mero retraso, **a menos que el plazo fijado tenga carácter esencial**”, cosa que no sucede en el caso concreto “**al no encontrarnos ante un negocio a fecha fija en el que la prestación tardía no pueda rendir la finalidad perseguida, sino ante un mero retraso temporal, compatible con el designio de**

---

<sup>443</sup> STS de 10 de marzo de 1949, Ponente: Excmo. Sr. D. Celestino Valledor y Suárez-Otero; R.A. 1950/536. En su CDO primero declara que “en principio y a salvo los negocios a fecha fija en los que la prestación tardía no rinde la finalidad perseguida, el mero retraso temporal y justificado, compatible con el designio de cumplir lo prometido, no es suficiente para romper el pacto...”

<sup>444</sup> STS de 13 de febrero de 1950; Ponente: Excmo. Sr. D. Celestino Valledor y Suárez-Otero, R.A. 344. En un contrato de compraventa de un camión celebrado antes del estallido de la guerra, el comprador había pagado gran parte del precio, y cinco años después solicita el cumplimiento del contrato. El TS desestima el recurso de la vendedora en el que alega que la guerra ocasionó para ambas partes la liberación de sus compromisos, y en el CDO tercero declara que “dado que la fijación de la fecha de entrega del camión y de parte del precio no tiene en el caso de autos la significación de contrato a término fijo, en el que la finalidad perseguida sólo se satisface mediante cumplimiento de lo pactado en la fecha convenida” la fuerza mayor sólo tuvo efectos suspensivos.

<sup>445</sup> STS de 8 de noviembre de 1997 (RA7874; Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes.

**cumplir lo prometido, lo que resulta insuficiente para romper el pacto.**<sup>446</sup>

***D. INCONVENIENTES PARA INCORPORACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL DE LA CATEGORÍA ALEMANA DE LOS «NEGOCIOS A FECHA FIJA»***

[220] En los epígrafes anteriores hemos podido constatar que, ante la falta de previsión del legislador de los supuestos en los que el tiempo de cumplimiento juega un papel relevante en el contrato, tanto nuestra doctrina como nuestra jurisprudencia se han mostrado permeables a la categoría de los negocios a fecha fija propia del ordenamiento alemán.

Además, parece existir cierto consenso respecto a la admisión de dos tipos de negocios a fecha fija: absolutos y relativos.

[221] El reconocimiento de la categoría de los negocios a fecha fija relativos, no plantea especiales inconvenientes. Los autores coinciden en asignarle unos efectos concretos: en caso de inobservancia del plazo o momento pactado como término esencial relativo, el acreedor dispone inmediatamente de la facultad de resolución del contrato por incumplimiento (sin necesidad de otorgarle un plazo al deudor para que cumpla), aunque también puede exigir el cumplimiento tardío de la prestación.

Esta solución, además de ser razonable teniendo en cuenta los intereses en juego —el acreedor decide si a pesar del incumplimiento le interesa exigir el cumplimiento tardío o bien opta por resolver el contrato; y el deudor conoce desde el momento de la celebración del contrato, que la falta de cumplimiento en el momento previsto es causa de resolución,

---

<sup>446</sup> Fundamento segundo de la sentencia. Sobre el retraso como causa de resolución.



aunque debe contar con la posibilidad de que el acreedor opte por exigir el cumplimiento<sup>1</sup>, presenta una característica que nos parece digna de elogio: se reconoce un **derecho de resolución con independencia de la imputabilidad del incumplimiento al deudor** (tal y como nosotros defendemos con carácter general para el incumplimiento resolutorio).

[222] Sin embargo, la categoría de los negocios a fecha fija absolutos plantea especiales inconvenientes al intentar ajustarla a nuestro Ordenamiento (aunque ni la doctrina ni la jurisprudencia parezcan tenerlo en cuenta).

Respecto a este tipo de negocios se predica la **imposibilidad del cumplimiento tardío** de la prestación. Pues bien, aunque es cierto que hay casos de término esencial en los que el cumplimiento posterior no es posible (v. gr. tenor que no se presenta a cantar en la inauguración de un teatro por encontrarse enfermo), con lo que podemos hablar de imposibilidad de cumplimiento, ello no debe llevar aparejado necesariamente la resolución del contrato. Con ello no queremos decir que el acreedor disponga necesariamente de la pretensión de cumplimiento, sino que la solución no es ni debe ser la resolución automática.

La equiparación de los supuestos denominados “negocios a fecha fija absolutos” a los supuestos de “imposibilidad”, puede tener sentido en un Derecho como el alemán, en el que no existía una noción amplia de incumplimiento y los remedios se articulaban en torno a dos formas de incumplimiento: la imposibilidad y la mora. Teniendo en cuenta que para que se dé esta última es necesario que el cumplimiento posterior sea posible, y que respecto de los negocios a fecha fija absoluta se predica precisamente que la prestación tardía deja de ser la prestación debida, goza de pleno sentido calificar los supuestos de negocios a fecha fija absolutos como de imposibilidad. Sin embargo, en nuestro Derecho, de acuerdo con

la regulación contenida en el Código civil, no es necesario proceder a una equiparación de este tipo.

En el Ordenamiento español, el sistema de remedios no se articula en torno a estas dos manifestaciones del incumplimiento, así por ejemplo, el artículo 1124 CC alcanza al “que no cumpliera lo que le incumbe” y desde luego entra dentro del supuesto de hecho descrito en esta norma el deudor que no cumple en el término esencial pactado. La inobservancia del término esencial constituye un caso más de incumplimiento dentro de la categoría general de incumplimiento. No hay que olvidar que el supuesto de hecho del artículo 1124 CC es el incumplimiento, no la imposibilidad que es lo que se predica respecto de la resolución por transcurso del término esencial.

[223] Además, hemos podido comprobar cómo algunos de estos autores, al equiparar los casos de término esencial absoluto a los de “imposibilidad de cumplimiento”, se refieren a la existencia en estos casos de una resolución automática que no aparece prevista expresamente en nuestro Código civil. Frente a esta solución, a falta de previsión legal especial, estos casos se deben someter a las normas generales que rigen la resolución, y en concreto, por el artículo 1124 CC que en ningún momento contempla una resolución que opere automáticamente.

Es importante resaltar que los autores españoles que defienden una resolución automática, tampoco lo hacen siguiendo las soluciones alemanas para estos casos, porque defendiendo una resolución de este tipo, los remedios de los que dispone el acreedor quedan limitados a dicha resolución, (que puede operar al margen de su voluntad, o incluso en contra de ella, y con independencia de que el incumplimiento sea

imputable al deudor). Tal y como tuvimos ocasión de indicar ello no se corresponde exactamente con la solución del Derecho alemán, donde para que tenga lugar la resolución es necesario que el acreedor la declare, conforme a lo establecido en el § 349 BGB. Sin olvidar, y esto es lo más importante, que conforme a lo previsto en el BGB v. ant., el acreedor puede optar entre declarar la resolución, exigir la indemnización por incumplimiento, reclamar el *commodum* sustitutivo o bien invocar la extinción de su contraprestación. Por tanto, sólo recurrirá a la resolución por incumplimiento, cuando sea el remedio que mejor proteja sus intereses<sup>447</sup>.

---

<sup>447</sup> Sobre los inconvenientes de una resolución automática nos hemos ocupado *supra* 131 a 148 al estudiar la resolución automática en caso de que el acreedor no se pronuncie exigiendo la resolución.

## **II. EL TÉRMINO ESENCIAL Y LA RESOLUCIÓN *EX LEGE* SI EL ACREEDOR NO ACTÚA EXIGIENDO EL CUMPLIMIENTO**

[224] La solución contemplada en el Derecho alemán para los casos de término esencial, no es la única legalmente consagrada. Existen otros ordenamientos de nuestro entorno que también ofrecen una solución específica a estos casos, que difiere de la prevista en Alemania. En concreto, nos referiremos al Código civil italiano en el que los casos de término esencial se caracterizan por permitir al acreedor de la prestación incumplida optar por exigir su cumplimiento siempre que lo haga en un breve plazo de tiempo, pues de no ser así, opera irremediabilmente la resolución del contrato. Estas previsiones para los casos de término esencial, han sido tenidas en cuenta y defendidas en nuestro Derecho por importantes autores, por lo que su exposición resulta imprescindible.

### ***A. EL TÉRMINO ESENCIAL EN EL CÓDIGO CIVIL ITALIANO: EL ARTÍCULO 1457***

[225] El artículo 1457 del Código civil italiano establece que si el **término** fijado para la prestación de una de las partes debe considerarse **esencial** para la otra, en el supuesto de que esta última quisiera, a pesar del vencimiento del término, **exigir el cumplimiento**, “deberá dar noticia de ello a la otra parte **dentro de tres días**”, pues en otro caso, “se entenderá **resuelto de derecho** aunque no se hubiese pactado expresamente la resolución”<sup>448</sup>.

---

<sup>448</sup> Art. 1457 Código civil italiano: “Se il termine fissato per la prestazione di una delle parti deve considerarsi essenziale nell’interesse dell’altra, questa, salvo patto o uso contrario, se vuole esigerne l’esecuzione nonostante la scadenza del termine, deve darne notizia all’altra parte entro tre giorni.

[226] El Código civil italiano no nos dice cuándo existe *término esencial*, sino que se limita a enunciar cuál es la consecuencia (la resolución de derecho) del transcurso infructuoso del término previsto con carácter esencial. Según la doctrina, para poder hablar de término esencial es necesario que la prestación de una de las partes, o ambas prestaciones, no presenten ninguna utilidad para la otra parte si no se ejecutan dentro de un plazo determinado que se denomina esencial<sup>449</sup>.

Curiosamente, doctrina y jurisprudencia continúan respetando la distinción que se hacía antes de la promulgación del Código civil de 1942 entre el *término esencial objetivo* (relacionado con la naturaleza y el objeto del contrato) y el *término esencial subjetivo* (relacionado con la voluntad manifestada por las partes, bien de forma expresa<sup>450</sup> o implícita). Aunque la mayoría de la doctrina sostiene que el artículo 1457 CC italiano acoge ambos tipos de término, no faltan autores que defienden que los casos de término esencial objetivo constituyen supuestos de imposibilidad de la prestación que no se rigen por lo dispuesto en el artículo 1457 CC italiano<sup>451</sup> sino por lo previsto en el

---

**In mancanza, il contratto s'intende risolto di diritto anche se non è stata espressamente pattuita la risoluzione".**

<sup>449</sup> MIRABELLI, *Commentario del Codice civile*, Libro IV, (arts. 1321-1469), 3ª ed., p. 623.

MAJO, A., Voz "Termine (dir. priv.)", en *Enciclopedia del Diritto*, XLIV, (Tariffa-Trattato), Varese, 1992, p. 203. Afirma este autor, que a pesar esta no-definición, es posible deducir que el término es siempre "unilateralmente" esencial, en el sentido de que debe serlo en interés de una parte con relación a una prestación singular: "Il che fa sì è sempre la parte nell cui interesse il termine è posto a potersi a meno avvalere del remedio della risoluzione (e a rifiutarlo accettando una prestazione tardiva)". MOSCO afirma que no hay ningún inconveniente en reconocer la estipulación de término esencial a favor de ambas partes, en cuyo caso, ambas prestaciones derivadas del contrato deben realizarse puntualmente, porque de no ser así, los respectivos acreedores las rechazarían (MOSCO, L., *La resolución de los contratos por incumplimiento*, traducción de la primera edición italiana, Barcelona, 1962, p. 158).

<sup>450</sup> En este punto existe consenso en la doctrina, y la jurisprudencia así lo ha declarado, respecto al hecho de que el carácter esencial del término en sentido subjetivo no puede extraerse de previsiones generales, como por ejemplo, las locuciones "éste y no otro" o "improrrogable" porque son cláusulas de estilo que sirven para fijar una fecha de ejecución de las obligaciones contractuales pero no son por sí solas indicativas de la esencialidad del término (GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, 3ª ed., p. 498, nota (16); CUBBEDU, M.G., *L'importanza dell'inadempimento*, Turín, 1995, p. 175).

<sup>451</sup> NATOLI, U., "Il termine essenziale", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, año XLV, 1947, I, pp. 224-225). Y en el mismo sentido MOSCO declara que en caso de término esencial objetivo "a diferencia de lo que ocurre con el subjetivo, no hay posibilidad de que al retrasar el cumplimiento dejen un margen cualquiera de utilidad, y debido a ello, tampoco la hay de que pueda ser válido un requerimiento de cumplimiento tardío por parte del acreedor", y ello porque la esencialidad del término deriva de la naturaleza misma de la prestación, y la necesidad de inmediato

artículo 1256.2 CC italiano para los casos de imposibilidad —cuya consecuencia es la extinción de la obligación devenida imposible y la resolución de pleno derecho—<sup>452</sup>. La jurisprudencia italiana también sigue haciendo referencia a esta doble categoría de término esencial, si bien admite que ambas formas aparecen contempladas en el artículo 1457 Código civil italiano<sup>453</sup>.

### 1. Antecedentes del artículo 1457 CC italiano de 1942

[227] Antes de la promulgación del Código civil italiano de 1942, únicamente se hacía referencia a la figura del término esencial en el **artículo 69 del Código de comercio de 1882**, referido exclusivamente al contrato de compraventa mercantil de bienes muebles. Según lo previsto en dicho precepto, si a pesar del incumplimiento en el término esencial, la parte que sufría el incumplimiento prefería el cumplimiento, debía dar noticia de ello a la otra parte dentro de un plazo de veinticuatro horas<sup>454</sup>.

---

cumplimiento tiene carácter objetivo; por el contrario, en caso de término esencial subjetivo (derivado de la voluntad del acreedor que ha hecho constar en el contrato que no aceptará una prestación tardía), no se excluye que pueda posteriormente considerar que le conviene un cumplimiento tardío (*La resolución de los contratos por incumplimiento*, p. 183).

<sup>452</sup> MOSCO hace hincapié en el hecho de que los efectos del incumplimiento en ambos casos son muy parecidos, en concreto, en caso de término objetivo, señala este autor que al resultar inútil la prestación tardía, la obligación se extingue y el contrato se resuelve de pleno derecho en virtud del art. 1256.2 (en caso de término esencial subjetivo, la resolución la prevé el art. 1457) (*La resolución de los contratos por incumplimiento*, pp. 192 a 193).

<sup>453</sup> La jurisprudencia acoge la tesis mixta y recurre también al artificio de considerar la voluntad implícitamente manifestada, de tal forma que se puede poner de manifiesto una tripartición: voluntad expresa, voluntad implícita en las expresiones empleadas y naturaleza objeto del contrato. Así la sentencia de Cass. 6 de marzo de 1970, n. 587: “l'essenzialità del termine, oltre che da manifestazione espresa delle parti contraenti, può desumersi anche per implicita dalla natura stessa dell'oggetto e dallo scopo del contratto, con riferimento sia ad elementi subiettivi, quali le espressioni usate dalla parti per manifestare la loro volontà” (PALMIERI, D., *La risoluzione per inadempimento nella Giurisprudenza*, Milán, 1994, pp. 518 y 519).

<sup>454</sup> El art. 69 del Código de comercio italiano de 1882 establecía en su primer apartado: “Se il termine convenuto, nella vendita commerciale di cosa mobile è essenziale alla natura dell'operazione, la parte che ne vuole l'adempimento, nonostante la scadenza del termine, deve darne avviso all'altra parte nelle ventiquattro ore successive alla scadenza del termine, salvi gli speciale usi del commercio”

Y aunque en los proyectos de reforma del Código de comercio (tanto en el proyecto de Vivante de 1922 como en el proyecto de Amelio de 1925)<sup>455</sup> se contemplaba la resolución por transcurso del término esencial, no sólo referida a la compraventa mercantil, sino como disciplina general de todos los contratos mercantiles, no hubo un reconocimiento legal de la figura de la resolución de todos los contratos por transcurso del término esencial hasta el Código civil de 1942.

A pesar de esta falta de previsión legal, existió un sector doctrinal que consideraba al artículo 69 C. Co de 1882 una aplicación particular de un principio más general, válido para todo el campo de las obligaciones (y no sólo para la compraventa mercantil o las relaciones mercantiles), según el cual, el término esencial operaba como una **cláusula resolutoria expresa** —que bajo la vigencia del Código de 1865 se verificaba, según la doctrina, con el sólo hecho del incumplimiento—<sup>456</sup>. Ello venía a significar que si la prestación no se cumplía tempestivamente, operaba la resolución sin que la parte incumplidora tuviese posibilidad de realizar un cumplimiento tardío, a diferencia de lo que sucedía en los casos en los que el término no era esencial<sup>457</sup>.

<sup>455</sup> El hecho de que el término esencial se limitara en un principio al campo de los contratos mercantiles, hizo que éste no fuera previsto en el proyecto franco-italiano del libro de las obligaciones de 1927, después convertido en proyecto de libro de las obligaciones y contratos de 1934 (PALMIERI, *La risoluzione per inadempimento nella Giurisprudenza*, p. 514).

<sup>456</sup> Con posterioridad, los arts. 1456 y 1457 del Cc de 1942 dejan clara la distinción entre el término esencial y la cláusula resolutoria expresa que funcionan de modo autónomo e independiente. Además, la nueva regulación de la cláusula resolutoria expresa, para que opere la resolución exige, junto al incumplimiento, la voluntad del interesado.

<sup>457</sup> Así lo apunta NATOLI (NATOLI, "Il termine essenziale", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, año XLV, pp. 221 a 240, pp. 221-222).

En nuestro ordenamiento parece seguir este camino MONTÉS PENADÉS ("Artículo 1125 CC", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, pp. 1 a 83), quién defiende la existencia de un término esencial por voluntad de las partes ("con el término esencial las partes quieren poner en evidencia que la prestación tiene importancia solamente si se ejecuta dentro de cierto límite de tiempo, más allá del cual es inútil"), y respecto de la cláusula que lo prevé afirma que "se presenta como una particular especificación de la facultad resolutoria expresa", cuya inobservancia se convierte en un incumplimiento definitivo, "ello no obstante queda al arbitrio del beneficiario del término esencial proceder a la resolución o solicitar el cumplimiento tardío" (pp. 82 y 83).

Por su parte MAZZONE, ("Il termine essenziale e la clausula risolutiva espressa", *Riv. dir. comm.*, 1922, II, p. 539, nota a Cass. Roma (S.U.), 6 april 1922), negó que la disciplina del término esencial estuviese recogida con carácter general en el art. 69 y llegó a defender que el artículo 1165 del Código civil de 1865 atribuía el poder de solicitar el cumplimiento sólo cuando éste todavía era posible,

[228] Tras la promulgación del Código civil italiano de 1942 se produce la unificación del Derecho civil y mercantil, y con ello el reconocimiento legal de la aplicación del instituto del término esencial tanto a obligaciones mercantiles como civiles. Así lo prevé el **artículo 1457 del Código civil de 1942**<sup>458</sup>.

La novedad incorporada por el Código de 1942 es doble. Por un lado, la figura del término esencial se aplica a todo tipo de contratos y por otro lado, se prevé para estos casos una **resolución especial**. En concreto nos interesa la referencia que se hace a una **resolución de derecho** (el artículo 69 del Código de comercio no mencionaba expresamente la existencia de una resolución de derecho<sup>459</sup>).

## 2. La resolución de derecho en los casos de término esencial

[229] La resolución prevista en el artículo 1457 CC italiano constituye una excepción al régimen general de la resolución por incumplimiento. Para comprender mejor el carácter excepcional de la resolución de derecho prevista para los casos de término esencial es conveniente resaltar sus características y compararla con la resolución judicial contemplada en el artículo 1453 Código civil italiano.

---

por lo que el acreedor podía optar entre cumplimiento y resolución en la hipótesis de posibilidad de cumplimiento tardío mientras que en la imposibilidad, la resolución operaba "de derecho", a lo que se añaden los casos de transcurso infructuoso del término esencial.

<sup>458</sup> PALMIERI, *La risoluzione per inadempimento nella Giurisprudenza*, p. 513.

<sup>459</sup> NATOLI, "Il termine essenziale", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, p. 223.

No era doctrina pacífica que dicho precepto regulase una hipótesis de resolución de derecho, sino que también se defendió que dicho precepto contenía una hipótesis de ejecución coactiva de la compraventa, de tal forma que la exigencia establecida en el art. 69 lo era al fin de evitar que el deudor incumplidor estuviera expuesto al riesgo de las oscilaciones de precio, por lo que se establecía que la eventual exigencia de cumplimiento tardío debía efectuarse dentro de las veinticuatro horas siguientes al transcurso del término esencial (PALMIERI, *La risoluzione per inadempimento nella Giurisprudenza*, p. 514).



[230] En la resolución por incumplimiento prevista con carácter general en el artículo 1453 CC italiano, la falta de cumplimiento en el plazo establecido no impide a la **parte incumplidora sanar su retardo** y cumplir tardíamente su obligación<sup>460</sup>. Esta posibilidad de sanar el incumplimiento sólo desaparece en el momento en que el acreedor le demanda de resolución (artículo 1453.3 CC italiano)<sup>461</sup>.

En caso de término esencial, el artículo 1457 CC italiano **impide al contratante incumplidor sanar su incumplimiento**, dejando esta posibilidad únicamente en manos del propio acreedor<sup>462</sup>. Dicho acreedor dispone de un plazo muy corto para decidirse por exigir el cumplimiento a pesar del transcurso del término esencial. El **acreedor debe comunicar al deudor su decisión de exigir el cumplimiento en el plazo de los tres días consecutivos al transcurso de dicho término**<sup>463</sup>.

<sup>460</sup> Sobre este aspecto señala SACCO que aunque la ley no establece si el deudor puede o no sanar su incumplimiento a través de un cumplimiento retrasado antes de que el acreedor interponga la demanda de resolución, los intérpretes han preferido la solución más indulgente con el deudor y han afirmado que en estos casos el cumplimiento tardío precluye la resolución (en *Trattato di Diritto privato*, dirigido por Pietro Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, tomo II, Turín, 1982, p. 518). Así por ejemplo MOSCO, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, p. 51.

En contra, GALGANO precisa que si se trata de un incumplimiento resolutorio, el acreedor puede rechazar la oferta de cumplimiento y optar por la resolución (art. 1453.1), GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, p. 495.

<sup>461</sup> La jurisprudencia italiana actualmente aplica con rigor la regla derivada del art. 1453 párrafo tercero (GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. II, p. 494). Una interesante exposición de las distintas interpretaciones que ha recibido la regla, así como una delimitación de los diferentes casos que se pueden dar en CARNEVALI, "Art. 1453", *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cargo de Francesco Galgano, *Libro quarto Delle Obbligazioni. Della Risoluzione per Inadempimento*, Angelo Luminoso, Ugo Carnevali y Maria Costanza, tomo I, 1, Bolonia-Roma, 1990, pp.102-106).

Como apunta CARNEVALI, en rigor, con la demanda de resolución, el deudor debe considerarse autorizado a no cumplir ya, pues con ella el acreedor ha manifestado su falta de interés definitivo en el contrato ("Art. 1453", *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cargo de Francesco Galgano, libro IV, tomo I,1, Bolonia-Roma, 1990, p.105); En el mismo sentido SACCO afirma que una vez propuesta la demanda de resolución, "el deudor adquiere el derecho a no cumplir" (en *Trattato di Diritto privato*, p.520); para MIRABELLI, (MIRABELLI, Giuseppe, *Commentario del Codice civile*, II, (artt. 1321-1469), 3ª ed., p. 612), el ejercicio de la acción resolutoria es un indicio de que ha desaparecido el interés del acreedor en la prestación y que por tanto, el eventual cumplimiento del deudor ya no presenta ninguna utilidad para él (aunque esta decisión está sometida a la valoración del juez sobre el requisito de la no escasa importancia del incumplimiento).

<sup>462</sup> NATOLI, "Il termine essenziale", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, año XLV, I, pp. 233 y 235-236; MOSCO, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, pp. 182-183.

<sup>463</sup> Dicha declaración tiene carácter recepticio, y el plazo de tres días establecido en el artículo 1457 se interpreta como plazo en el que la declaración del acreedor debe llegar a conocimiento del deudor (arts.

Esa facultad del acreedor de exigir el cumplimiento tiene como consecuencia que durante el plazo de tres días consecutivos al transcurso del término, la situación del deudor sea de incertidumbre respecto de la permanencia del contrato. Dicha incertidumbre desaparece bien con la notificación del acreedor exigiendo el cumplimiento, bien **con el transcurso de los tres días.**

La notificación al deudor exigiéndole la realización de la prestación a pesar del transcurso del término, es un acto jurídico unilateral, no sometido a requisitos de forma<sup>464</sup>, ejercicio de un derecho potestativo y no un acto jurídico bilateral modificativo del negocio jurídico.

**[231] Según lo previsto en el artículo 1457 Cc italiano, si el acreedor deja transcurrir los tres días sin manifestar nada al respecto, el contrato se resuelve automáticamente sin que sea necesaria ninguna actividad por parte del acreedor a favor del cual opera la resolución<sup>465</sup>. El**

---

1334-1335), no como plazo de emisión de la declaración (NATOLI, "Il termine essenziale", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, p. 236; MOSCO, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, p. 197). Lo cual es entendido como que el riesgo de retraso corre a cargo del declarante (MIRABELLI, *Commentario del Codice civile*, (arts. 1321-1469), 3ª ed., p. 630). Así ya afirmaba MOSCO que "al faltar la declaración dentro de los tres días, se verifica el efecto resolutorio, sean cuales fueren las causas que impidieron llegar aquélla a su poder, incluso en el caso de que el deudor (*sic*) se hubiese encontrado en la imposibilidad absoluta de formular la referida declaración (*La resolución de los contratos por incumplimiento*, p. 196).

<sup>464</sup> GAZZONI, F., *Obbligazioni e contratti*, Nápoles, 1990, p. 939

<sup>465</sup> MOSCO, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, p. 194 y MIRABELLI, (*Commentario del Codice civile*, Libro IV, II, (artt. 1321-1469), 3ª ed., Turin, 1980, pp. 624 y 628), que lo comparan con el caso en el que se haya pactado una cláusula resolutoria expresa, pues según lo previsto en el artículo 1456, para que opere la resolución, no basta con el incumplimiento sino que es necesario que el acreedor realice una declaración en tal sentido. En términos análogos, GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, p. 938. MAJO, Voz "Termine (dir. priv.)", en *Enciclopedia del Diritto*, XLIV, pp. 187- 220, p. 206. COSTANZA reconoce que la conclusión acerca del carácter automático no es del todo pacífica, pero, bien la formulación de la norma, bien la oportunidad de atribuir a la esencialidad un valor objetivo en consideración a la función y economía del contrato, inducen a preferir el carácter automático del efecto resolutorio ("Art. 1454" en *Commentario del Codice civile Scialoja-Branca*, a cargo de Francesco Galgano, *Libro quarto: Delle Obbligazioni*, I, 1, Bologna, 1990, p. 432).

En contra del carácter automático de la resolución y a favor de la necesidad de la actividad del acreedor (declaración de voluntad) para que opere la resolución en el marco del art. 1457, AULETTA (AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, Milán, 1942, p. 248). NATOLI defiende que la resolución depende de la voluntad del acreedor. Sostiene que esta "sanción" va dirigida a tutelar el interés de una de las partes (según este autor el art. 1457 CC italiano hay que entenderlo referido exclusivamente

efecto resolutorio se produce *ex lege* y actúa independientemente de la voluntad del acreedor<sup>466</sup> (en el ámbito del artículo 1453 CC italiano, la resolución opera con la sentencia judicial que la declara). Según Costanza, el legislador recogió este remedio de la resolución de derecho, como una respuesta a la exigencia de ofrecer a los contratantes instrumentos más ágiles para liberarse del vínculo contractual<sup>467</sup> cuando su conservación “parece privada del todo de justificación”<sup>468</sup>.

---

al término esencial subjetivo, establecido en interés “de una de las partes”), y, por lo tanto, es lógico que el acreedor pueda renunciar a la resolución, lo cual no representa un daño para el deudor. Según este autor, el tenor literal del art. 1457 CC italiano debe entenderse en el sentido de que el interesado tiene tres días para decidir si escoge la resolución o el cumplimiento retrasado; pero si escoge la primera solución, puede mantener un comportamiento pasivo, que no es más que la expresión del ejercicio de su derecho alternativo; (estamos ante un caso en el que el silencio tiene un significado no equívoco, y manifiesta la voluntad de que se produzca la resolución). Dicho en otras palabras, *ad origine* se presume que el interesado escogerá la resolución, por lo que su comportamiento pasivo, es para la ley, una manifestación de su elección, de su voluntad de desistir del contrato (p. 229). Para este autor no hay diferencias sustanciales entre la resolución prevista en el art. 1456 y la prevista en el art. 1457, sino que la cláusula que prevé la esencialidad del término no es más que una particular especificación de la condición resolutoria expresa regulada en el art. 1456, que se refiere a una modalidad concreta, la relativa al término de la obligación, que permite establecer una presunción de querer valerse de la resolución (“Il termine essenziale”, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, año XLV, I, pp. 230-231).

<sup>466</sup> MIRABELLI, *Commentario del Codice civile*, II, *Delle obbligazioni dei contratti in generale* (artt. 1321-1469), 3ª ed., p. 630; TRABUCCHI, A., *Istituzioni di Diritto civile*, 35ª ed., Milán, 1994, p. 655.

<sup>467</sup> Algún sector doctrinal ha sostenido que la resolución de derecho no resulta aplicable cuando el acreedor ha cumplido su propia prestación, alegando que la falta de sentencia priva al acreedor fiel al contrato del título ejecutivo necesario para conseguir la restitución de la contraprestación ya efectuada; COSTANZA defiende que la falta de título ejecutivo no puede asumirse como un impedimento a la resolución automática del contrato, puesto que la actuación de los efectos restitutorios es un *posterius* a la resolución y es independiente de la forma en que ésta se produce. (COSTANZA, “Art. 1454 Codice civile”, en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cargo de Francesco Galgano, *Libro quarto: Delle Obbligazioni. Della Risoluzione per Inadempimento*, I, 1, “Art. 1453-1454”, pp. 431-448, p. 432).

<sup>468</sup> COSTANZA, “Art. 1454 Codice civile”, en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cargo de Francesco Galgano, *Libro quarto: Delle Obbligazioni. Della Risoluzione per Inadempimento*, I, 1, p. 433.

La sentencia del Tribunal de Turín de 10 de enero de 1983 recogida por PALMIERI (*La risoluzione per inadempimento nella Giurisprudenza*, pp. 522-523) refiriéndose al término esencial del art. 1457 CC italiano establece que “Infatti lo strettissimo collegamento fra l’oggetto o il servizio dedotto in prestazione e il momento in cui la prestazione stessa va eseguita comporta che, una volta scaduta inutilmente il termine, lo stesso debitore si rende conto che egli è ormai irrimediabilmente inadempiente, e, mentre deve accingersi a pagare i danni, si crede altresì ragionevolmente in diritto di disporre diversamente della prestazione da lui dovuta: e il creditore può evitare tali conseguenze (e cioè, può scegliere di ricevere tardivamente la prestazione che, per particolari circostanze, gli torni ancora utile anziché di esigere il pagamento dei danni) solo col dare al debitore la cennata notizia entro il brevissimo termine stabilito dalla legge (la *ratio* della extrema brevità di tale termine non è dunque volta a iugulare il creditore, ma piuttosto a favorirlo tenendo al tempo stesso conto anche dei ragionevoli interessi del debitore iandempiente: si tratta, cioè, di un *ratio* analoga a quella di cui al 2º comma dell’ art. 1453 C.C.”

Aunque existen discrepancias doctrinales respecto al momento a partir del cuál se considera resuelto el contrato<sup>469</sup>; no se discute que una vez que opera la resolución como consecuencia del incumplimiento del término esencial (y la falta de ejercicio por el acreedor de su facultad de exigir el cumplimiento), ésta tiene lugar de forma definitiva, siendo imposible la renuncia al efecto resolutorio<sup>470</sup>.

[232] Otra característica importante de la resolución por incumplimiento del término esencial, la constituye el hecho de que mientras que en la resolución por incumplimiento prevista en el **artículo 1453 CC italiano**, el juez se ve en la necesidad de **valorar la gravedad del retraso** para poder pronunciar la resolución solicitada, al no bastar cualquier retraso para que pueda operar el remedio resolutorio (el artículo 1455 Cc

---

En contra de estos resultados señala MÉLICH-ORSINI que no constituyen la solución más correcta, pues, según él, no debería considerarse que la única posibilidad es la resolución, sino que debería quedarle al acreedor la alternativa de imponer la resolución o, cumpliendo íntegramente con la prestación a su cargo, exigir la indemnización substitutiva de la prestación originaria que le quedó excluida (*La resolución del contrato por incumplimiento*, pp. 42 y 43, nota núm. 53).

<sup>469</sup> Mientras que para autores como MIRABELLI (*Commentario del Codice civile*, Libro IV, II (título II), *Delle obbligazioni dei contratti in generale* (artt. 1321-1469), 3ª ed., p. 628) la exigencia del cumplimiento por parte del acreedor anula el efecto resolutorio producido en el mismo momento en que se cumple el término esencial, de forma que el acreedor, con su exigencia, hace revivir el contrato; existe otro sector doctrinal (DALMARTELLO voz "Risoluzione del contratto", en *Noviss. Dig. It.*, p. 144; GRASSO, "Termine essenziale", en *Enc. g. Treccani*; NATOLI, «Il termine essenziale», *Riv. dir. comm.*, año XLV, 1947, I, p. 235) que defiende que el pleno efecto resolutorio sólo se produce cuando transcurre el plazo de tres días previsto en el artículo 1457 sin que el acreedor haya exigido el cumplimiento; de tal forma que con el transcurso del término esencial, la resolución sólo opera frente al deudor impidiéndole realizar una oferta válida de cumplimiento. Por último, BIANCA (*Dir. civ.*, 5, *La resp.* p. 323) defiende que el transcurso del término esencial lleva consigo la suspensión del contrato, y la declaración del acreedor constituye un acto de renuncia al efecto resolutorio destinado a producirse *ex lege* con el transcurso del plazo de tres días. (Recogido en CIAN/TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice civile*, p. 1370).

Cómo señala GAZZONI (*Obbligazioni e contratti*, p. 939), las diferentes propuestas doctrinales comportan importantes consecuencias como las relativas al establecimiento del momento a partir del cuál comienza a correr el plazo de prescripción de las acciones de restitución

<sup>470</sup> MOSCO, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, p. 189; MIRABELLI afirma que el hecho de que se produzca la resolución inmediata lleva consigo que resulte irrelevante el cumplimiento después del término (*Commentario del Codice civile*, Libro IV, II, *Delle obbligazioni dei contratti in generale* (artt. 1321-1469), 3ª ed., p. 624. PALMIERI, añade que "Detto questo risulta irrelevante e inefficace ogni accertamento e valutazione su comportamenti successivi che, anche se costituissero proroga del termine, sarebbero ininfluenti sul contratto ormai risolto" (*La risoluzione per inadempimento nella Giurisprudenza*, p. 581). A pesar de ello, muestra el autor que hay sentencias que admiten el requerimiento posterior a los tres días y lo interpretan como una renuncia al carácter esencial del término,

italiano exige que el incumplimiento no sea de escasa importancia, o dicho de otra manera, que sea de cierta gravedad, para que el mismo pueda provocar la resolución del contrato).

En el marco del artículo 1457 CC italiano, el vencimiento del término sin que el deudor efectúe la prestación que le corresponde en virtud del contrato<sup>471</sup>, es causa inmediata de resolución, el juez no entra a valorar la gravedad del retraso<sup>472</sup>, o mejor dicho la importancia del incumplimiento<sup>473</sup>.

---

solución totalmente incorrecta, pues transcurridos los tres días, sin que se haya manifestado nada, el contrato ha quedado resuelto (*La risoluzione per inadempimento nella Giurisprudenza*, p. 613).

<sup>471</sup> La jurisprudencia italiana exige que nos encontremos ante un incumplimiento culpable (CIAN, G./TRABUCCHI, A., *Commentario breve al Codice civile*, 5ª ed., Milán, 1997, p. 1369; GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, Nápoles, p. 935), y aunque en la doctrina hay una división de opiniones (destaca la brecha abierta por MOSCO, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, pp. 28 a 41), parece prevalecer la que exige la existencia de un incumplimiento culpable para la aplicación de la resolución por incumplimiento, referida expresamente a la resolución en caso de término esencial (NATOLI, "Il termine essenziale", *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, año XLV, I, p. 233; en contra MOSCO, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, p. 183; GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, p. 938; ). Lo cual supone que en caso de retraso no culpable, no será aplicable el art. 1457 (así lo denuncia expresamente SACCO en *Trattato di Diritto privato*, dirigido por Pietro Rescigno, *Obbligazioni e contratti*, II, pp. 523-524).

<sup>472</sup> Este hecho es visto por algunos autores como una manifestación más de la progresiva erosión del área de la resolución judicial (PALMIERI, *La risoluzione per inadempimento nella Giurisprudenza*, p. 514).

<sup>473</sup> Por todos, MOSCO, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, p. 153; MAJO, Voz "Termine" en *Enciclopedia del Diritto*, XLIV, p. 206. MIRABELLI, *Commentario del Codice civile*, Libro IV, II, *Delle obbligazioni dei contratti in generale* (artt. 1321-1469), 3ª ed., pp. 624 y 628.; GAZZONI, *Obbligazioni e contratti*, p. 938. Y SACCO en *Trattato di Diritto privato*, II, p.517).

Sin embargo, CUBEDDU después de reconocer que con carácter general se excluye la aplicación del 1455, afirma que "Ad una attenta analisi, la ricorrente affermazione secondo cui l'apprezzamento del termine sulla non scarsa importanza dell'inadempimento non trova tuttavia riscontro nelle pronunce della giurisprudenza" (CUBEDDU, *L'importanza dell'inadempimento*, p. 174).

En este punto resulta interesante hacer una breve mención a la sentencia del Tribunal de Turín de 11 de marzo de 1980. En el caso resulto por esta sentencia, se había celebrado un contrato de compraventa de una caravana Alfa Casa modelo Riva por un precio de 2.950.000 liras, pactándose que la entrega debería efectuarse el 30 de junio de 1975. El comprador presenta demanda solicitando que se declare la resolución porque el vendedor empleó el vehículo en una exposición y no estuvo listo para su utilización en las vacaciones de verano del comprador. El tribunal estima que el término pactado no era esencial porque el retraso en el cumplimiento no supuso un incumplimiento definitivo ni provocó que la función de la prestación resultara irrealizable, argumentando que la caravana es un vehículo de larga duración y de continua utilización, de tal manera que el tiempo pactado no afecta a la función económica del negocio sino a motivos subjetivos del adquirente no relevantes en materia de esencialidad del término. El tribunal llega a la conclusión de que no resulta aplicable el art. 1457 y entra a valorar la gravedad del incumplimiento (el retraso en la entrega fue de 4 días conforme a la fecha pactada); entiende que el retraso en la entrega es insuficiente para provocar la resolución y estima la demanda reconvencional condenando al comprador al cumplimiento del contrato. En contra de la solución del tribunal, estima PALMIERI que éste yerra al centrar su razonamiento en la determinación de si el incumplimiento era o no definitivo y sobre la prestación y la no realización de la función prevista con ella. Según este autor, el tribunal debería de haber valorado el interés del acreedor a la hora de determinar si existía o no término esencial, con lo que hubiera llegado a una solución diferente. Puesto que compró la caravana en el momento de salida de las vacaciones de verano, con el objeto de poder utilizarla en las vacaciones de ese año; la entrega tardía para las vacaciones de ese año, puede determinar la inutilidad de la adquisición, pues

**B. LA «IPSO FACTO AVOIDANCE» EN EL DERECHO UNIFORME: LOS ARTÍCULOS 26 Y 62 EN LA LEY UNIFORME DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE 1964**

[233] En Derecho uniforme, la Ley Uniforme de Compraventa Internacional de 1964 (en adelante *ULIS*) contempla una solución especial para los casos de término esencial: establece un remedio específico que denomina *ipso facto avoidance* y que tiene un régimen muy semejante al previsto en el artículo 1457 del Código civil italiano.

La referencia a la *ULIS* la hemos considerado útil, no tanto por la influencia que haya podido ejercer en la doctrina de nuestro país, sino por lo interesante que resulta ver la evolución que en este punto se ha producido en el Derecho uniforme y que tendremos ocasión de comprobar al estudiar la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías de 1980.

[234] La *ULIS* regula los supuestos de inobservancia del plazo de cumplimiento de forma fragmentada, según sea el vendedor o el comprador quién no cumpla a tiempo.

En caso de falta de cumplimiento por el vendedor, la *ULIS* distingue entre «falta de entrega en la fecha fijada que constituye un incumplimiento esencial» y «falta de entrega en la fecha fijada que no constituye un incumplimiento esencial». Cuando la **falta de entrega en la fecha fijada constituye incumplimiento esencial, el comprador tiene la posibilidad de exigir al vendedor la ejecución, o bien declarar la resolución conforme a lo previsto en el artículo 26 de la *ULIS*. El comprador debe informar al vendedor de su decisión dentro de**

---

el adquirente habría podido elegir el año siguiente nuevos modelos, o adquirir el modelo a un precio inferior. (*La risoluzione per inadempimento nella Giurisprudenza*, pp. 531 y 532).

**un plazo razonable; de lo contrario, el contrato se resuelve automáticamente (*ipso facto*)**<sup>474</sup>.

El apartado segundo del artículo 26 *ULIS* prevé la posibilidad de que el vendedor solicite al comprador que le haga conocer su decisión, si así lo hace, y el comprador no comunica su decisión en un plazo razonable, el contrato se resuelve *ipso facto*<sup>475</sup>. Sin embargo, si el vendedor realiza la entrega (tardía) antes de que el comprador le haga conocer su decisión y éste no declara la resolución en un breve plazo, el contrato no podrá resolverse<sup>476</sup>.

Paralelamente, en caso de incumplimiento del comprador de la obligación del pago del precio en la fecha establecida, el artículo 62.1 *ULIS* declara que cuando dicha **falta de pago en la fecha establecida** constituya un **incumplimiento esencial** del contrato, el **vendedor podrá exigir el pago del precio** o bien optar por la **resolución del contrato**. Este último debe dar a conocer su opción **dentro de un plazo razonable**, de lo contrario, **se producirá la resolución automática (*ipso facto avoidance*)**<sup>477</sup>. El artículo 62.2 *ULIS* contiene una norma análoga al artículo 26.2 *ULIS*.

---

<sup>474</sup> Art. 26.1 *ULIS*: "Where the failure to deliver goods at the date fixed amounts to a fundamental breach of the contract, the buyer may either require performance by the seller or declare the contract avoided. He shall inform the seller of his decision within a reasonable time; otherwise the contract shall be *ipso facto* avoided."

Además, el artículo 28 *ULIS* establece que la falta de entrega en la fecha fijada constituye un incumplimiento esencial siempre que se trate de cosas que cotizan en mercados a los que el comprador puede dirigirse para obtenerlos.

<sup>475</sup> Artículo 26.2 *ULIS*: "If the seller request the buyer to make known his decision under paragraph 1 of this Article and the buyer does not comply promptly, the contract shall be *ipso facto* avoided."

<sup>476</sup> Artículo 26.3 *ULIS*: "If the seller has effected delivery before the buyer has made known his decision under paragraph 1 of this Article and the buyer does not exercise promptly his right to declare the contract avoided, the contract cannot be avoided."

El apartado cuarto del artículo 26 contempla el supuesto en el que el comprador ha elegido la ejecución del contrato pero no obtiene el cumplimiento dentro de un plazo razonable, en cuyo caso puede declarar la resolución.

Si la falta de entrega en la fecha fijada no constituye incumplimiento esencial, el artículo 27 *ULIS*, declara que el vendedor conserva el derecho a efectuar la entrega y el comprador el derecho a exigirla, si bien el comprador puede fijar al vendedor un plazo adicional de duración razonable para que cumpla, de lo contrario, el incumplimiento se considerará incumplimiento esencial.

<sup>477</sup> Artículo 62.1 *ULIS*: "Where the failure to pay the price at the date fixed amounts to a fundamental breach of the contract, the seller may either require the buyer to pay the price or declare the contract

[235] A favor de la resolución *ipso facto* sin notificación, se dijo que la exigencia de notificación en todos los casos, privaría a una parte de sus derechos por el hecho de no haber cumplido con una formalidad que resultaría completamente innecesaria en algunas circunstancias. Sin embargo, tal y como recoge Honnold<sup>478</sup>, se sugirió que la resolución *ipso facto* podría ser perjudicial para la parte inocente, pues conforme al tenor del precepto, el silencio del acreedor entraña una resolución automática, pudiéndole llevar a la resolución del contrato incluso en contra de su expresa intención, tal y como sucedería en el caso de que la carta del acreedor exigiendo el cumplimiento específico se hubiese extraviado. En el ámbito del artículo 62 *ULIS* se puso de manifiesto que la resolución *ipso facto* por falta de pago en el momento pactado puede llegar a ser incongruente con la verdadera voluntad e intereses del vendedor<sup>479</sup>.

Estas observaciones explican el hecho de que en trabajos posteriores a la Convención de la Haya se sugiriera que cuando el acreedor frente al cual tiene lugar el incumplimiento no declara expresamente su decisión de resolver el contrato, resultaría más justificable presumir que pretende mantener el contrato.

[236] Además, la doctrina rápidamente puso de manifiesto los problemas de aplicación que presentaba la resolución *ipso facto* prevista en los artículos 26 y 62 *ULIS*. Se afirma que la resolución automática — que depende de que la falta de cumplimiento en la fecha fijada constituya un **incumplimiento esencial**— sólo puede operar de forma

---

avoided. He shall inform the buyer of his decision within a reasonable time; otherwise the contract shall be *ipso facto* avoided.”

<sup>478</sup> HONNOLD, *Documentary History*, pp. 85 y 86.

<sup>479</sup> Conforme a su tenor literal, es posible que la resolución automática (sin elección o declaración del vendedor) tenga lugar por falta de pago incluso después de que el vendedor haya entregado los bienes al comprador. “Comments and replies have called attention to possible surprising consequences of such *ipso facto* avoidance, with respect to delivered goods, which may redound to the benefit of the party in breach



efectiva si la definición en la ley del concepto de *fundamental breach* es clara y no ambigua<sup>480</sup>. La falta de una definición clara puede llevar a que las partes de un contrato no sepan cuáles son, conforme a la ley, sus derechos y obligaciones. Así un acreedor puede dudar sobre si: a) puede elegir entre solicitar el cumplimiento o declarar la resolución del contrato porque el incumplimiento es “esencial” o, b) no tiene elección porque el incumplimiento no es “esencial” y a pesar de sus preferencias, el contrato ha de seguir siendo eficaz. Igualmente, si el acreedor no comunica a la parte incumplidora qué remedio elige, ésta puede dudar si: a) el contrato ha quedado *ipso facto* resuelto sobre la base de su incumplimiento “esencial” o, b) el contrato permanece vigente y tiene que cumplirlo porque el incumplimiento no es esencial<sup>481</sup>.

Algo semejante sucede con la exigencia del “plazo razonable” en la notificación de que el acreedor opta por exigir el cumplimiento. La *ULIS* no contiene una definición del mismo, por lo que es posible que el acreedor considere que el plazo razonable ha transcurrido y con ello se ha producido la resolución, mientras que la otra parte contratante mantiene una opinión diferente.

### C. LA DOCTRINA ESPAÑOLA Y LA RESOLUCIÓN AUTOMÁTICA SI EL ACREEDOR NO EXIGE INMEDIATAMENTE EL CUMPLIMIENTO

[237] En Derecho español es posible encontrar autores que defienden en los casos de **término esencial** soluciones semejantes a las que acabamos de exponer.

---

(the buyer) and to the detriment of the innocent party (the seller)” (HONNOLD, *Documentary History*, p. 92).

<sup>480</sup> HONNOLD, *Documentary History*, pp. 88 a 92.

<sup>481</sup> HONNOLD, *Documentary History* pp. 91 a 92.

[238] 1. Se ha sostenido que **Vicente y Gella**, (al que ya hicimos referencia al estudiar la categoría alemana de los negocios a fecha fija) reconoce la existencia de una resolución automática en los casos de término esencial. Sin embargo, un análisis detallado de sus palabras nos llevarán a matizar esta afirmación, puesto que efectivamente reconoce una **resolución automática**, pero con un **alcance muy restringido**.

[239] Aunque como regla general el cumplimiento tardío es posible y el acreedor tiene que aceptarlo<sup>482</sup>, Vicente y Gella reconoce que hay supuestos en los que **la prestación sólo debe cumplirse en la fecha indicada**. Son casos en los que nos encontramos ante un **término esencial**, bien porque esa es la voluntad de las partes (término esencial subjetivo), bien porque por la naturaleza del propio negocio o de la prestación de que se trata (término esencial objetivo) resulta inútil al acreedor el cumplimiento ulterior. Según afirma este autor: “la *ejecución tardía* como facultad del obligado carecería de sentido en tales supuestos, y por eso el acreedor tiene perfecto derecho a rechazarla<sup>483</sup>. Únicamente *tiene derecho*, pero no obligación”<sup>484</sup>.

Vicente y Gella defiende que la especialidad del término esencial, en relación con la resolución por incumplimiento prevista en el artículo 1124 CC, supone que existiendo término esencial no es necesario acudir a los tribunales para resolver, frente a lo que sería la regla general en los casos de término ordinario en los que el recurso a los tribunales resulta obligatorio. Sin embargo, la admisión por la jurisprudencia de un ejercicio extrajudicial con carácter general de la resolución prevista en el

<sup>482</sup> La ejecución tardía no es una simple concesión del sujeto activo (acreedor) sino un derecho del sujeto pasivo (deudor) en tanto subsista la relación obligacional (VICENTE Y GELLA, “El Término esencial”, *R.D.M.*, 1949, pp.7 a 41, p. 8).

<sup>483</sup> Afirma VICENTE GELLA que la facultad de resolver implica también —porque si no carecería de sentido—, el derecho a rechazar la prestación que tardíamente y aunque fuera de modo espontáneo hiciera el deudor (“El Término esencial”, *R.D.M.*, 1949, pp. 19-20).

artículo 1124 CC ha provocado la absorción del supuesto del término esencial que queda equiparado a los demás tipos de incumplimiento<sup>485</sup>.

Aclara Vicente y Gella que aunque la resolución opera extrajudicialmente en los casos de término esencial, **no lo hace de modo automático**<sup>486</sup>, pues claramente el artículo 1124 CC permite al perjudicado escoger. El acreedor puede dar por resuelto el contrato sin necesidad de acudir a los tribunales, pero no hay que olvidar que es él quien mide su propio interés y determina si el cumplimiento todavía le aporta alguna utilidad. **La resolución tiene lugar cuando el acreedor opta por ella**, de otro modo, un remedio previsto a su favor podría jugar en perjuicio suyo<sup>487</sup>.

[240] Acabamos de exponer lo que Vicente y Gella considera el régimen general en los casos de término esencial. Sin embargo, según este autor, existen unos **supuestos excepcionales** dentro del ya excepcional término esencial, en los que el advenimiento del término significa la **resolución automática**, “si el deudor no cumple y el acreedor no manifiesta inmediatamente su voluntad de exigir el cumplimiento”<sup>488</sup>. Reconoce este autor que en este tipo de término esencial, “la situación del acreedor no deja de resultar agravada, tanto por la necesidad de efectuar semejante declaración, cuanto porque la resolución del contrato se

---

<sup>484</sup> VICENTE Y GELLA, “El Término esencial”, *R.D.M.*, 1949, p. 9.

<sup>485</sup> Este autor pone de manifiesto que a pesar de que en nuestro Ordenamiento estaba claramente prevista una resolución judicial, desde muy temprano se consideró que resultaba demasiado oneroso que el acreedor tuviese siempre que sostener un litigio para desligarse, y en tal sentido surgieron sentencias del Tribunal Supremo en las que triunfó el criterio de admitir que el acreedor pudiera, por su sola autoridad, considerar resuelto el contrato. (VICENTE Y GELLA, “El Término esencial”, *R.D.M.*, 1949, p. 27).

<sup>486</sup> VICENTE Y GELLA, “El Término esencial”, *R.D.M.*, 1949, p. 28.

<sup>487</sup> Afirma que es el acreedor el que mide su propio interés y determina hasta que punto la cosa o servicio no tiene utilidad para él: “es peligroso e injusto que la ley sustituya con una presunción de orden general lo que debe resultar de las circunstancias de cada caso”. Que sea el contratante el que decida, pues en otro caso, jugaría en perjuicio suyo una solución que en principio se ha concebido a su favor (VICENTE Y GELLA, “El Término esencial”, *R.D.M.*, 1949, p. 32).

<sup>488</sup> Puntualiza que incluso en los casos en los que el deudor culposamente dejó de cumplir su prestación, puede ampararse en la resolución de pleno derecho y negarse a cumplir ulteriormente (VICENTE Y GELLA, “El Término esencial”, *R.D.M.*, 1949, p. 9).

produce, aunque aquél no pudiera manifestar el propósito en sentido contrario por causas independientes de su voluntad”<sup>489</sup>. Por ello, en los contados casos en los que la ley prevé una solución tan rigurosa, permite al acreedor que declare inmediatamente su voluntad de tener por subsistente el negocio<sup>490</sup>.

Esta resolución *ipso iure* por transcurso del término esencial no es, como hemos apuntado, regla general de aplicación, sino **específica del contrato de compraventa mercantil**, lo cual confirma su naturaleza totalmente excepcional (cita el **art. 83 del C.Co**<sup>491</sup> sobre contratos celebrados en ferias, y el **art. 332 C.Co**<sup>492</sup> sobre compraventa mercantil cuando el comprador se niega a recibir las mercaderías)<sup>493</sup>. Para Vicente y Gella el fundamento de estas normas se encuentra en la **protección del contratante incumplidor**, tienen en cuenta que afectan a compraventas sobre valores u objetos cuyo precio está sometido a oscilación y por eso formulan la regla de la resolución automática dejando sólo subsistente la acción de indemnización. Además, esta solución tampoco perjudica al acreedor que puede ir al mercado a realizar un negocio de sustitución o, si lo prefiere, la ley le permite manifestar a la otra parte su voluntad de tener por subsistente el convenio<sup>494</sup>.

<sup>489</sup> VICENTE Y GELLA, “El Término esencial”, *R.D.M.*, 1949, p. 12 que reconoce que la resolución automática echa sobre los hombros del acreedor que ya no puede pedir el cumplimiento, la carga de la prueba de los daños.

<sup>490</sup> VICENTE Y GELLA, “El Término esencial”, *R.D.M.*, 1949, p. 34 reconoce que a excepción del ordenamiento italiano cuyo artículo 1457 del CC contiene una norma general en este sentido, el resto de los códigos sólo aceptan aplicaciones concretas. Así cita el § 376 del HGB respecto de la compraventa mercantil alemana.

<sup>491</sup> Art. 83 C. Co: “Los contratos de compraventa celebrados en feria podrán ser al contado o a plazos; los primeros habrán de cumplirse en el mismo día de su celebración, o, a lo más, en las veinticuatro horas siguientes. Pasadas éstas sin que ninguno de los contratantes haya reclamado su cumplimiento, se considerarán nulos, y los gajes, señal o arras que mediaren quedarán a favor del que los hubiere recibido.”

<sup>492</sup> Art. 332 C.co primer párrafo: “Si el comprador rehusare sin justa causa el recibo de los efectos comprados, podrá el vendedor pedir el cumplimiento o rescisión del contrato, depositando judicialmente en el primer caso las mercaderías.”

<sup>493</sup> VICENTE Y GELLA, “El Término esencial”, *R.D.M.*, 1949, pp. 34-35. Previamente (p. 12) ha aclara que en el ámbito mercantil, los arts. 61 y 63 del C.Co. nunca han sido interpretados en el sentido de admitir una resolución automática, el art. 63 se limita a excluir el plazo de gracia del 1124.3 pero reconoce al acreedor un derecho de opción entre resolución y cumplimiento.

<sup>494</sup> VICENTE Y GELLA, “El Término esencial”, *R.D.M.*, 1949, p. 36.

[241] Delimitado el ámbito de aplicación de esta resolución automática, se plantea el autor su posible extensión por analogía, pero con las mayores reservas. Parte del presupuesto de que en los casos en los que **la ley ha reconocido una resolución *ipso iure*** lo ha hecho porque **“ha formulado una presunción de que ambos contratantes han optado por rescindir el negocio**, contra lo cual no se admite más prueba que la declaración hecha por el acreedor de que opta por la subsistencia de la operación, o con mayor motivo la propia ejecución por su parte de las obligaciones que le incumben”<sup>495</sup>.

Afirma que para la aplicación analógica de la resolución automática tenga lugar, es necesario que concurren dos circunstancias: la primera, consiste en la posibilidad de que un contratante quede sometido a la demanda de cumplimiento que ejercitada arbitrariamente por el otro contratante, convertiría en onerosísima la prestación originaria; la segunda, exige la posibilidad de realizar inmediatamente el negocio compensatorio por el acreedor dispuesto a cumplir. Según apunta este autor, ambas exigencias sólo concurrirán cuando se negocien efectos de contratación diaria sometidos a fluctuaciones del mercado<sup>496</sup>.

Reconoce que en nuestro Ordenamiento esta aplicación extensiva tropieza con un obstáculo “poco menos que insuperable”, y es que no hay en nuestro Derecho ningún precepto que obligue al acreedor que pretenda el cumplimiento, a pronunciarse inmediatamente o en un breve plazo. Ello le lleva a proponer que se incorpore a nuestro ordenamiento un precepto semejante al artículo 1457 CC italiano<sup>497</sup>, reconociendo que o bien se realiza una reforma legislativa incorporando un precepto semejante al italiano o, difícilmente, se puede admitir la aplicación

<sup>495</sup> VICENTE Y GELLA, “El Término esencial”, *R.D.M.*, 1949, p. 38.

<sup>496</sup> VICENTE Y GELLA, “El Término esencial”, *R.D.M.*, 1949, p. 38.

<sup>497</sup> VICENTE Y GELLA, “El Término esencial”, *R.D.M.*, 1949, p. 39.

analógica de las soluciones previstas en el C.Co respecto de las compraventas mercantiles<sup>498</sup>.

[242] 2. **Álvarez Vigaray** llega mucho más lejos que Vicente y Gella y admite, en el marco del artículo 1124 CC, una **resolución automática** aplicable en los casos de **término esencial**. Este autor, concibe en nuestro o

Ordenamiento un régimen muy semejante al previsto en el artículo 1457 CC italiano.

Según **Álvarez Vigaray**, el término esencial puede definirse como “aquella especie de término fijado para el cumplimiento de la obligación que, bien por la naturaleza del contrato o por voluntad de las partes<sup>499</sup>, se considera de tal importancia que la prestación ha de realizarse precisamente en tal plazo o nunca, pues **de no efectuarse la prestación en el día fijado**, se verifican, no los efectos normales de la mora, sino otros parangonables a los del **incumplimiento definitivo**, produciéndose la **resolución automática** del contrato”<sup>500</sup>.

Este autor defiende que para que tenga lugar la resolución por transcurso del término esencial, es suficiente con que el deudor no cumpla en el término fijado (para este autor no hay más incumplimiento que el culpable), sin que sea necesaria la intervención judicial, y en caso de que ésta tenga lugar, la sentencia será meramente declarativa<sup>501</sup>. **Álvarez Vigaray** afirma que se ha de sustraer a los tribunales la facultad

<sup>498</sup> Vid. *infra* [243 y 244] sobre el 1124 CC dónde se descartan los beneficios de una solución como la prevista en el 1457 CC italiano.

<sup>499</sup> Al igual que la doctrina italiana, este autor distingue entre un término esencial objetivo y subjetivo. Mientras que en el término esencial objetivo (derivado de la propia naturaleza de la prestación del contrato), y subjetivo (derivado de la voluntad de las partes).

<sup>500</sup> **ÁLVAREZ VIGARAY**, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, p. 125.

<sup>501</sup> Es posible que sea necesaria la intervención judicial cuando el deudor excepcione que el término no era esencial sino ordinario, o que aun siendo esencial no había vencido aún, o bien alegue que el acreedor no había realizado su prestación o que con su conducta obstaculizó el cumplimiento de la obligación (**ÁLVAREZ VIGARAY**, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, pp.127 y 128).

de valorar si la falta de cumplimiento en el tiempo pactado constituye o no un incumplimiento que justifique la resolución<sup>502</sup>. Para que opere la resolución, ni siquiera es necesaria una declaración del acreedor en tal sentido<sup>503</sup>, pero si a pesar del incumplimiento del término esencial, **el acreedor prefiere mantener el contrato, puede evitar la resolución comunicándole al deudor, en un breve plazo, su decisión de recibir la prestación tardía**, añadiendo que mientras que en Derecho italiano el plazo es de tres días, en Derecho español no hay fijado un plazo concreto<sup>504</sup>.

#### ***D. INCONVENIENTES PARA INCORPORACIÓN AL DERECHO ESPAÑOL DE ESTA SOLUCIÓN***

[243] El principal inconveniente con el que tropieza la incorporación a nuestro Derecho de la solución italiana a los casos de término esencial (resolución automática si el acreedor no se pronuncia en un breve espacio de tiempo exigiendo el cumplimiento) es precisamente su **falta de previsión legal** y su falta de adecuación a la normativa vigente.

En este punto nuestra opinión es tan reticente a su reconocimiento en nuestro Ordenamiento positivo como la de Vicente y Gella que, después de reconocer la existencia de una resolución automática en determinados tipos de compraventa mercantil, se muestra muy cauteloso a la hora de ampliar su reconocimiento y otorgarle un alcance general. En esto podemos compartir lo sostenido por este autor. Sin embargo, disintimos de él respecto de su propuesta de reforma legislativa en la que se incorpore un precepto semejante al artículo 1457 del Código civil italiano. Con ella la solución general en los supuestos de término esencial la constituiría la

<sup>502</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, p. 127.

<sup>503</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, p. 127.

<sup>504</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, p. 128.

resolución automática en caso de que, en un breve plazo de tiempo (tres días), el acreedor no se manifieste exigiendo el cumplimiento al deudor.

[244] No somos partidarios de la incorporación de una solución de este tipo en nuestro Ordenamiento, pues lleva consigo la posibilidad de que la resolución tenga lugar al margen de la voluntad de las partes, incluso en contra de ella. No se entra a valorar las incertidumbres que provoca en las partes la referencia a un “breve plazo” y la distinta interpretación que las partes hagan del mismo, así como de la propia existencia del término esencial, con la consiguiente inseguridad acerca de si la resolución se ha producido ya o no. Suscribimos totalmente las observaciones de Mélich Orsini cuando afirma que el hecho de que transcurridos los tres días siguientes al vencimiento del término, la resolución automática opere de forma irremediable, constituye una solución inaceptable, y ello aún en los casos en los que el incumplimiento del término esencial hace que el cumplimiento posterior ya no sea posible. Incluso en estos casos, al acreedor debería quedarle, junto a la resolución, otras alternativas como puede ser la exigencia del *commodum* sustitutivo (deshaciéndose de su prestación) o la posibilidad de mantener el contrato y exigir la indemnización de daños y perjuicios.



### **III. EL INCUMPLIMIENTO DEL TÉRMINO ESENCIAL COMO UN INCUMPLIMIENTO EN EL ÁMBITO DEL ARTÍCULO 1124 CC**

[245] A pesar de que el legislador español de 1889 no reguló de forma expresa la resolución del contrato en los casos en los que el tiempo de cumplimiento juega un papel relevante para la satisfacción de los intereses perseguidos al contratar, es posible darles una salida satisfactoria. Para ello, no es necesario recurrir a categorías ajenas a nuestros textos legales y a soluciones que no aparecen legalmente reconocidas; basta con acudir al régimen general de remedios establecido en el Código civil para el caso de incumplimiento.

#### ***A. EL TÉRMINO ESENCIAL Y LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO***

[246] El artículo 1124 CC se limita a reconocer la facultad resolutoria a favor de uno de los contratantes cuando el otro “no cumpliera lo que le incumbe”, lo que permite defender la existencia en nuestro Ordenamiento de un concepto amplio de incumplimiento en el ejercicio del remedio resolutorio que incluye diferentes manifestaciones: el cumplimiento defectuoso, el cumplimiento parcial, el cumplimiento tardío o la falta total de cumplimiento<sup>505</sup>. En esta última categoría cabría incluir los casos de incumplimiento del término esencial, que se caracterizan precisamente porque llegado el momento fijado para el cumplimiento, el deudor no realiza la prestación y la prestación realizada tardíamente no es útil para satisfacer el interés perseguido con el contrato.

---

<sup>505</sup> Confrontar con el BGB donde todo el sistema se articula en torno a dos tipos de incumplimiento, *imposibilidad* y *mora*.

A pesar de esta noción amplia de incumplimiento, ya hemos apuntado que no basta cualquier incumplimiento para que se pueda acudir al remedio resolutorio, sino que es necesario que éste sea de cierta importancia<sup>506</sup>. Toda nuestra doctrina<sup>507</sup> está de acuerdo en que la **inobservancia del término esencial** es un incumplimiento de entidad tal que justifica el recurso al remedio resolutorio (el consenso en este punto se contrapone a las diferentes opiniones defendidas en nuestra doctrina respecto a la incidencia del retraso en el cumplimiento de cara al ejercicio del remedio resolutorio cuando el tiempo de cumplimiento no tiene carácter esencial). A estos efectos, en ausencia de una norma especial, el incumplimiento del término esencial constituye un **incumplimiento subsumible en el artículo 1124 CC**, y por tanto susceptible de ocasionar la resolución del contrato en él prevista. No es necesario que la inobservancia del término esencial sea subjetivamente imputable al deudor: como ya tuvimos ocasión de apuntar, la imputabilidad del incumplimiento al deudor no es presupuesto de la resolución por incumplimiento<sup>508</sup>. En el caso de término esencial, lo relevante para determinar la procedencia de la resolución es que la prestación realizada fuera del tiempo previsto no resulta idónea para satisfacer el interés del acreedor. Únicamente cuando la inobservancia del término esencial sea

<sup>506</sup> Que la resolución no es un remedio frente a cualquier tipo de incumplimiento, lo expone con claridad PANTALEÓN, quién afirma que el presupuesto de la resolución es “un incumplimiento de entidad y circunstancias tales que razonablemente, teniendo en cuenta el deber infringido y las exigencias de la buena fe, no quepa exigir al acreedor que continúe vinculado por el contrato (“Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *A.D.C.*, 1993, pp. 1732-1733).

<sup>507</sup> Por citar los más recientes, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 340; HAZA, *el incumplimiento resolutorio*, p. 22; FERNÁNDEZ URZAINQUI, “El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales”, *Aranzadi civil*, 1997, p. 79; BARAONA GONZÁLEZ, J., califica la falta de cumplimiento en el término esencial como incumplimiento grave (*El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1998, pp. 250-251); CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, núm. 167.

<sup>508</sup> Curiosamente sobre este aspecto no se ha detenido la doctrina. A pesar de que, como tuvimos ocasión de comprobar, la discusión acerca de la exigencia de imputabilidad del incumplimiento para la resolución permanece abierta, en caso de término esencial, parece existir consenso respecto a que su inobservancia es causa de resolución (sin atender a si la misma debe ser imputable al deudor). En las SSTs de 29 de enero

imputable al propio acreedor no procederá el recurso a la resolución por incumplimiento<sup>509</sup>.

[247] Caracterizada la inobservancia del término esencial como incumplimiento a efectos de la resolución prevista en el artículo 1124 CC queda por exponer cómo tiene lugar la resolución en estos casos.

En contra de lo que opina un sector importante de la doctrina, defendemos que en los casos de término esencial el **remedio resolutorio opera a instancia del acreedor**, nunca de forma automática, y ello aunque el acreedor carezca de interés en el cumplimiento posterior.

En nuestra opinión, de cara al ejercicio del remedio resolutorio, resulta inútil la distinción que hace nuestra doctrina entre el término esencial absoluto y relativo para afirmar que, en el primer caso, que la única salida posible es la resolución. Las razones que nos llevan a defender la inexistencia de una resolución automática en cualquier supuesto de término esencial son varias. En primer lugar, la falta de previsión legal de una resolución automática (en este punto son directamente trasladables los argumentos esgrimidos para negar una resolución automática al amparo del art. 1124 CC con motivo de la imposibilidad sobrevenida no imputable). En segundo lugar, el hecho de que con una resolución automática en los casos de incumplimiento imputable al deudor, se le impide al acreedor optar por mantener el contrato y exigir la indemnización de daños y perjuicios (curiosamente, en los casos de imposibilidad sobrevenida imputable al deudor la doctrina está de acuerdo

---

de 1991 y de 22 de junio de 1998 en las que claramente el TS admite que no es necesaria la imputación del incumplimiento al deudor para que éste exista.

<sup>509</sup> En este aspecto son muy ilustrativos los ejemplos aportados por LAMARCA MARQUÈS, de casos en los que la falta de cumplimiento tempestivo (debido a la falta de cooperación del acreedor) impide su cumplimiento posterior por tratarse de obligaciones sometidas a plazo esencial, cuando el intento de cumplimiento posterior supone el cumplimiento de una prestación diferente un *aliud pro alio*. (*El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, pp. 122 a 131, especialmente pp. 124 a 130).

en que no existe una resolución automática)<sup>510</sup>. En tercer y último lugar, en los casos en los que el incumplimiento del término esencial no sea imputable al deudor, tampoco la resolución automática es una buena solución —como ya quedó demostrado al estudiar la imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor—, pues al acreedor le puede interesar optar por no resolver el contrato y exigir remedios como el *commodum*.

## **B. EL TÉRMINO ESENCIAL Y EL SISTEMA DE REMEDIOS**

[248] En caso de término esencial, la satisfacción del interés del acreedor en el contrato está directamente ligada a un cumplimiento puntual. Ello significa que la falta de cumplimiento en el plazo previsto hace que se **frustre el fin perseguido** con el contrato, y que el acreedor pierda su interés en la prestación<sup>511</sup>. Aun así, **es el acreedor quien decide si, a pesar de todo, prefiere optar por exigir el cumplimiento de la prestación** (distinta es la cuestión de los límites a esta pretensión de cumplimiento, que son los generales)<sup>512</sup>.

<sup>510</sup> En el caso de imposibilidad sobrevenida imputable al deudor a pesar de que por definición no es posible optar por exigir el cumplimiento *in natura*, la doctrina está de acuerdo en reconocer que no opera una resolución automática (los que defienden la autonomía del cumplimiento en equivalente respecto de la indemnización de daños y perjuicios tampoco admiten una resolución automática en estos casos pues permiten al acreedor optar entre la resolución y el cumplimiento en equivalente).

<sup>511</sup> El acreedor está legitimado para rechazar una oferta de cumplimiento tardío (así lo reconoce expresamente una parte importante de la doctrina (FERNÁNDEZ RODRÍ GUEZ, *supra*. [211]; DÍ EZ PICAZO, *supra*. [212]; VICENTE y GELLA, *supra*. [238-241]; pero, ha de ser diligente en el ejercicio de tal facultad; si conociendo que ha transcurrido el plazo pactado como esencial, acepta la prestación tardía sin hacer ningún tipo de protesta o reserva, luego no podrá pretender la resolución por incumplimiento: la aceptación de la prestación por parte del acreedor permite que haya un cumplimiento liberatorio del deudor (así lo han reconocido las SSTs de 3 de noviembre de 1990 y de 2 de diciembre de 1996).

<sup>512</sup> Estos límites son: la imposibilidad física o jurídica, que se trate de una prestación de carácter personalísimo, que el cumplimiento resulte excesivamente oneroso para el deudor o que la pretensión de cumplimiento del acreedor sea contraria a la buena fe (en estos dos últimos casos será el propio deudor quien deba oponerse a la pretensión de cumplimiento alegando una de estas dos causas). Más detalles en PANTALEÓN, "El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate), *A.D.C.*, 1991, p. 1046.

[249] El término esencial presenta una especialidad importante respecto a otros tipos de incumplimiento: aunque el cumplimiento posterior resulte objetivamente posible, el acreedor puede optar por **exigir exclusivamente la indemnización de daños**. Esta posibilidad es contraria a la regla conforme a la cuál, en caso de que concurra la pretensión de cumplimiento y la pretensión de la indemnización de daños y perjuicios, el acreedor no puede optar exclusivamente por esta última (liquidando como daño el valor de la prestación)<sup>513</sup>. La justificación a esta excepción a la regla se encuentra en el hecho de que en los casos de incumplimiento del término esencial desaparece el interés del acreedor en la prestación.

[250] De lo que acabamos de exponer se deriva una consecuencia importante: a pesar del incumplimiento del término esencial, **el contrato permanece en vigor**. De hecho se produce una **situación de incertidumbre** respecto a cuál será la solución final en la que desembocará la relación obligatoria. El acreedor dispone de varias opciones: (1) exigir el cumplimiento —cuando éste sea posible— junto con la indemnización de daños —siempre que concurren los requisitos necesarios para que proceda—; (2) realizando su contraprestación, exigir la indemnización de daños, en cuyo cálculo se tendrá en cuenta el valor de la prestación del deudor; (3) optar por la resolución del contrato con la indemnización de daños en su caso. Cuando el incumplimiento no sea imputable, el acreedor puede optar únicamente entre: (1) exigir el cumplimiento —si éste es posible—; (2) el *commodum* cuando proceda; (3) la resolución del contrato. Con ello, queda patente que la resolución del contrato no es la única salida posible y que el acreedor hará valer este remedio cuando sea el que más le conviene, según las circunstancias

<sup>513</sup> PANTALEÓN, "El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)", *A.D.C.*, 1991, pp. 1049 a 1050.

concurrentes (normalmente, cuando le interese más conservar su contraprestación que obtener la prestación del deudor o su valor<sup>514</sup>).

[251] Es importante resaltar que en nuestro Código civil no se prevé ningún instrumento para que el deudor consiga que el acreedor se pronuncie lo antes posible respecto al ejercicio de la facultad de resolver. En concreto, el principal inconveniente con el que se puede encontrar el deudor es la duda sobre si finalmente deberá realizar o no la prestación. El Código civil no nos dice hasta cuándo debe tener dispuesta la prestación por si el acreedor opta por exigirla, pero sí obliga a este último a adaptar su conducta a las exigencias de la buena fe (art. 7º CC) de modo que el deudor puede provocar situaciones que hagan que cese la situación de incertidumbre, por ejemplo, el hecho de que comunique al acreedor su disposición a cumplir, puede llevar a impedir que el acreedor obstaculice el cumplimiento negándose a aceptarlo cuando previamente se le había consultado y no había manifestado su oposición<sup>515</sup>.

La posibilidad de que el deudor inste en este caso al acreedor a que clarifique cuanto antes la situación sí que está prevista en otros Derechos. Recordemos que el Código civil italiano exige al acreedor que opta por el cumplimiento que lo ponga de manifiesto inmediatamente, de no ser así, la resolución operará automáticamente; el Código civil alemán permite al deudor señalar un plazo al acreedor para que declare si opta por el remedio resolutorio y si el acreedor no ejercita la resolución en este plazo, pierde la posibilidad de valerse de ella (§ 355 BGB); en Derecho uniforme, el

<sup>514</sup> PANTALEÓN, "El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)", *A.D.C.*, 1991, p. 1049.

<sup>515</sup> BARAONA afirma que en estos casos, el deudor no debe permanecer a la expectativa del acreedor indefinidamente, a los efectos de saber cuál es su opción. Considera un inconveniente el hecho de que nuestro ordenamiento no se establezca un plazo razonable para que el acreedor actúe, aunque "nada obsta al deudor para ofrecerle el pago *in natura* o el equivalente económico, lo cual forzará al acreedor a decidir. Si nada hace, permitirá al deudor consignar el equivalente pecuniario, ya que el silencio del

artículo 7.2.2. (e) *UNIDROIT Principles* prevé la posibilidad de que el acreedor no pueda exigir el cumplimiento si no lo hace dentro de un plazo razonable desde que supo o debió enterarse del incumplimiento<sup>516</sup>, y aunque los Principios no contemplan la posibilidad de que el deudor solicite al acreedor una decisión sobre si aceptará el cumplimiento tardío, el principio de buena fe y lealtad negocial puede imponer al acreedor el deber de informar a la otra parte de que no desea el cumplimiento tardío<sup>517</sup>; de forma semejante se pronuncia el artículo 9:102 (3) *PECL*<sup>518</sup>. Además, por lo que respecta al remedio resolutorio, tanto el artículo 7.3.2 (2) *UNIDROIT Principles*, como el artículo 9:303 (2) *PECL* contemplan la pérdida por el acreedor del derecho de resolución si no lo ejercita dentro de un plazo razonable en los casos de cumplimiento tardío o de cumplimiento defectuoso, pero no en los casos de falta total de cumplimiento.

### C. LA JURISPRUDENCIA RECIENTE Y EL TÉRMINO ESENCIAL

[252] Las soluciones que hemos defendido no difieren de las mantenidas por la jurisprudencia actual en los casos de término esencial.

---

acreedor debe tomarse como confirmatorio de la que naturalmente parece ser: el pago en especie ya no le interesa.” (BARAONA, *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, p. 83).

<sup>516</sup> En el comentario a este precepto se pone de relieve que el cumplimiento de un contrato frecuentemente requiere de una preparación especial y del esfuerzo del deudor, por eso, si llegado el momento del cumplimiento, el acreedor no lo exige dentro de un plazo razonable, el deudor está facultado para presumir que el acreedor no insistirá en el cumplimiento. A favor de esta limitación a la pretensión de cumplimiento se apunta que si se le permitiese al acreedor dejar al deudor en estado de incertidumbre acerca del momento en que el cumplimiento específico podría ser exigido, se corre el riesgo de que especule en forma desleal en detrimento del deudor y de un sano desarrollo del mercado (UNIDROIT, *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, p. 189).

<sup>517</sup> Bajo pena de responder por daños y perjuicios, (UNIDROIT, *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, pp. 200-201).

<sup>518</sup> En el comentario a este precepto se pone de relieve que su inclusión es para proteger a la parte incumplidora frente a una exigencia tardía de cumplimiento, pues el interés del acreedor no se ve seriamente lesionado por esta limitación dado que todavía puede elegir otro remedio (pp. 160-161).

## 1. El término esencial como causa de resolución: la frustración del fin práctico perseguido

[253] Son constantes los pronunciamientos jurisprudenciales en los que se afirma que aunque el mero retraso en el cumplimiento no es causa de resolución, cuando la prestación continúa siendo útil al acreedor, el **retraso que determina una frustración del fin práctico perseguido por el negocio o frustra las legítimas expectativas del acreedor faculta para resolver el contrato**. En este retraso que frustra el fin perseguido por el negocio se sitúan los casos de **incumplimiento de un término esencial**<sup>519</sup>.

En este sentido, aunque en un caso que no era de término esencial, el Tribunal Supremo en su **Sentencia de 22 de marzo de 1985**<sup>520</sup> declara: “que el incumplimiento reprochable y suficiente para determinar la resolución no lo es cualquiera, sino que ha de tener entidad suficiente para **impedir la satisfacción económica de las partes...** hasta el punto de **obstar al fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la parte...** sin que lo constituya el simple retraso, a menos que el **plazo fijado tenga carácter esencial**”<sup>521</sup>.

<sup>519</sup> Así se viene reconociendo unánimemente por nuestra doctrina (por citar algún autor reciente: FERNÁNDEZ URZAINQUI, “El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales”, *Aranzadi civil*, 1997, p. 79; CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, núm. 167). En este punto es importante destacar el trabajo del profesor Díez-PICAZO “El retraso, la mora y el incumplimiento contractual”, *A.D.C.*, 1969, donde por primera vez se pone de manifiesto que cuando el TS concede la resolución basándose en el hecho de que el retraso en el cumplimiento provoca la frustración del fin práctico perseguido, nos encontramos en un caso de término esencial, en el que la prestación objetivamente considerada es posible, puesto que lo que se frustra es el fin y no la prestación (p. 395).

<sup>520</sup> STS de 22 de marzo de 1985 (Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos de la Vega Benayas; R.A. 1196).

<sup>521</sup> Considerando segundo. En el caso objeto de la sentencia se trataba de una compraventa de un bien inmueble que no estaba sometida a término esencial, de hecho, ni siquiera se alega su existencia. El vendedor pretendía la resolución del contrato por incumplimiento de la compradora, en contra de esta petición se estima que no existe incumplimiento de la compradora basándose en dos hechos fundamentales: que la compradora requirió al vendedor para cumplir con la oferta del resto del precio y



[254] En esta misma línea, en la STS de 29 de enero de 1991<sup>522</sup> se declara la resolución de un contrato de “suministro inmediato” de café por incumplimiento de la vendedora de su obligación de entrega tempestiva de la mercancía. Se considera probado que el **plazo para la entrega tenía carácter esencial**, y ello justifica la procedencia de la resolución declarada unilateralmente por la compradora. En concreto, el TS afirma que: “al margen de cuál fuese la causa del cambio de buque y de las vicisitudes del embarque y traslado de la mercancía, lo cierto es que ésta se embarcó con el retraso denunciado y que, por lo tanto, ya no servía para la **finalidad económica perseguida** por la compradora al contratar el suministro “inmediato” del café, con lo cuál naturalmente se viene a **frustrar el objetivo de ese negocio y de ello ha de derivarse la procedencia de la resolución** que insta la parte que, estando dispuesta a cumplir se encuentra con que la contraparte, precisamente, por el retraso constatado —causa, se repite, de la frustración del negocio— incurre, obvio es, en ese incumplimiento”<sup>523</sup>. Una de las razones esgrimidas para negar la existencia de incumplimiento por parte de la compradora que rechaza la entrega tardía y declara unilateralmente la resolución, es que en ningún momento prestó conformidad alguna al cambio de circunstancias del embarque originariamente pactadas.

Las partes contratantes habían celebrado un contrato de suministro de café con carácter urgente, de tal forma que el plazo de cumplimiento de la obligación de entrega del café era esencial. La vendedora ofrece la entrega de la mercancía unos días después de lo previsto al haberla embarcado en un buque distinto al inicialmente pactado. La compradora se niega a aceptar la entrega de la mercancía y declara unilateralmente la resolución. Ante la negativa de la compradora a aceptar la entrega; la vendedora presenta demanda en la que solicita una indemnización de

---

entrega en el acto de la escrituración, y que lo que existía era un simple retraso (a lo que no cabe oponer el hecho de que el ofrecimiento de pago no fuera seguido de consignación).

<sup>522</sup> STS de 29 de enero de 1991 (Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez Calcerrada; RA 347).

<sup>523</sup> Fundamento de derecho segundo.

daños y perjuicios por incumplimiento; la compradora se opone a la demanda y en reconvención solicita que se declare la resolución por incumplimiento de la vendedora. En contra de la sentencia que desestima la demanda y estima la reconvención, la vendedora presenta recurso de casación que es desestimado por el Tribunal Supremo.

[255] En una sentencia más reciente, el TS hace aplicación de la doctrina que acabamos de exponer y declara la resolución de un contrato de obra por incumplimiento del término esencial. Se trata de la STS de 10 de junio de 1996<sup>524</sup>, en cuyo Fundamento de derecho tercero el TS afirma: **“para la resolución del contrato es suficiente que se frustre el fin del contrato para la otra parte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea precisa una tenaz y persistente resistencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar, como ya se dice, las legítimas aspiraciones de la contraparte, así como que no es preciso que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado de causar el incumplimiento, bastando que pueda atribuírsele una conducta voluntaria —y no sanada por una justa causa que la origine— obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en los que se pactó, siendo ésta situación la verdaderamente producida en el presente supuesto litigioso, en el que habiéndose pactado el plazo para la ejecución de las obras (instalación eléctrica —fuerza y alumbrado— de la fábrica de la actora) con carácter de verdaderamente esencial, pues las mismas habían de estar terminadas necesaria e inexcusablemente para el día 30 de septiembre de 1978 (...)”**

El 20 de diciembre de 1977 Robert Bosch e Isolux celebraron un contrato de arrendamiento de obra en el que esta última, como contratista, se obligaba a realizar las obras de instalación eléctrica, con suministro de materiales en la fábrica que la primera tenía en Alcalá de Henares. Se pactó expresamente un

---

<sup>524</sup> STS de 10 de junio de 1996 (Ponente Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales; R.A. 4753).

plazo de 7 meses para la ejecución de las obras que debían estar terminadas el 31 de julio de 1978. El plazo de ejecución se prorrogó por acuerdo de las partes hasta el 30 de septiembre de 1978 y en el contrato se precisó que el “plazo de terminación de las obras tenía la consideración de esencial”. La contratista no terminó las obras en el plazo pactado y alegó como causa justificadora del retraso unas supuestas insuficiencias técnicas del proyecto (que la sentencia de instancia declaró no probadas). Constatado el retraso, Robert Bosch notificó el 24 de octubre de 1978 a la contratista la resolución del contrato. Isolux presentó recurso de casación contra la sentencia que estimó la demanda de resolución. Entre otros motivos, el recurrente alega la existencia de un simple retraso. El TS desestimó el recurso.

## 2. La forma de operar la resolución en los casos de término esencial

[256] El Tribunal Supremo no duda pues en calificar al incumplimiento del término esencial como incumplimiento resolutorio del artículo 1124 CC. Es preciso analizar ahora cómo considera el Tribunal Supremo que opera la resolución en estos casos. Anticipamos ya, que ninguna de las decisiones jurisprudenciales más relevantes a estos efectos aplica una resolución automática del contrato al amparo del artículo 1124 CC, ni siquiera se cuestionan tal posibilidad.

[257] De hecho, las sentencias estudiadas en el apartado anterior pueden ser traídas a colación a favor de la inexistencia de una resolución *ipso iure* en los casos de término esencial. Precisamente, la **STS de 29 de enero de 1991** considera procedente la resolución declarada unilateralmente por la compradora ante el incumplimiento del término esencial por parte de la vendedora. En ella el TS aprovecha para señalar que, a pesar del término esencial, la compradora podría haber optado por admitir un cumplimiento tardío.

[258] Pero de una forma más directa se pronuncia la STS de 14 de octubre de 1996<sup>525</sup> que claramente admite que el incumplimiento del término esencial genera un derecho a “optar” por la resolución y que por tanto, no da lugar a una resolución automática. En esta sentencia, el TS después de afirmar que “no se estableció ningún plazo máximo, sino uno fatal y esencial y es que el día señalado para la escritura de compraventa, el adjudicatario seleccionado debería comparecer ante el Notario designado y pagar el precio que integró su oferta”, su inobservancia “presenta un claro incumplimiento de la *“lex contractus”*, que regía el concurso subasta por lo que (el demandante) **podía optar por la resolución** de la relación contractual en la que estaba integrado, conforme al artículo 1124 del Código civil (...)”

[259] En la STS de 2 de diciembre de 1996<sup>526</sup> no sólo queda patente que la resolución no opera automáticamente, sino que, además, en ella se demuestra la necesidad de que el acreedor rechace el cumplimiento tardío que realice el deudor porque de no hacerlo, se verá imposibilitado para acudir al remedio previsto en el artículo 1124 CC.

En el caso resuelto por la sentencia, el TS deniega la pretensión de resolución ejercitada por la compradora. La compradora fundaba su pretensión en el hecho de que la entrega de la mercancía había tenido lugar una vez transcurrido el término establecido para ello, y que tal término tenía carácter esencial tanto desde el punto de vista subjetivo — por pacto expreso de las partes— como objetivo —pues la inobservancia del tiempo de cumplimiento de la prestación, hace a ésta totalmente

---

<sup>525</sup> STS de 14 de octubre de 1996 (Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil; R.A. 7107).

<sup>526</sup> STS de 2 de diciembre de 1996 (Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá y Trillo-Figueroa; R.A. 9042).

inútil—. A su favor la compradora citaba las SSTS de 10 de diciembre de 1947 y 27 de enero de 1948.

Se había pactado la compra y entrega de una serie de materiales que la parte compradora iba a emplear para cumplir a su vez el contrato que había celebrado con otra empresa. La compradora recibió con plena conformidad, tres entregas de material realizadas fuera de plazo, girando para su pago unos cheques que no fueron abonados. Con posterioridad reenvió a la vendedora parte del material entregado alegando que el retraso en la entrega no le permitió su utilización (puesto que ello le llevó a incumplir su contrato con la otra empresa que procedió a la resolución del mismo). Ante la demanda de cumplimiento presentada por el vendedor, la compradora reconviene y solicita que se declare la resolución por incumplimiento del vendedor.

El TS declara no haber lugar al recurso presentado por la compradora contra la sentencia que desestima su pretensión resolutoria y considera que no es posible apreciar a favor de la compradora las consecuencias resolutorias del artículo 1124 CC puesto que lo impide la constancia fáctica de que las mercaderías fueron entregadas y recibidas sin manifestación alguna por su parte, no rehusándolas ni devolviéndolas en ese momento<sup>527</sup>. Afirma el TS que del hecho de que la compradora aceptase fuera de plazo las mercancías sin manifestar nada en contra, “se extrajo la consecuencia de que aun en el supuesto de que la observancia del plazo fuera esencial a lo convenido, aquel proceder patentizó que se obvió y aceptó ese supuesto defecto en el cumplimiento de la obligación, habiéndose demostrado con esos actos su voluntad de mantener la venta...”<sup>528</sup>

[260] Únicamente podría plantear alguna duda acerca de la admisión por la jurisprudencia de una resolución *ipso iure* por transcurso del término

---

<sup>527</sup> Considerando decimoquinto.

<sup>528</sup> Considerando noveno.

esencial la **STS de 26 de junio de 1998**<sup>529</sup>, pero en esta sentencia el TS en ningún momento se refiere a una resolución automática, simplemente las partes se limitan a reclamar la indemnización de daños y perjuicios por falta de cumplimiento.

En el caso resuelto por la susodicha sentencia, las partes habían acordado que una de ellas actuaría en una cena-espectáculo que tendría lugar en el restaurante de la otra. La actuación estaba prevista para el día 5 de octubre de 1991. Finalmente, dicha actuación no tuvo lugar, por lo que la empresa propietaria del restaurante solicitó una indemnización de daños y perjuicios. Pretensión que fue desestimada.

El TS considera que existe incumplimiento contractual y no un simple retraso porque la prestación convenida no puede realizarse fuera del momento en que interesaba y se contrató<sup>530</sup>; para el TS la indemnización de daños y perjuicios que pretende la actora es improcedente porque, en contra de lo que ésta mantiene (que el demandado incumplió el contrato de forma culpable), se ha declarado probado que en la fecha fijada para la actuación, ésta no pudo llevarse a cabo por factores meteorológicos (lluvia)<sup>531</sup>.

Como ya dijimos, el TS no se pronunció sobre si la resolución del contrato en este caso operaba automáticamente o era una opción que tenía el acreedor. En cualquier caso, la solicitud de daños y perjuicios puede interpretarse también en el sentido de que existe una elección del acreedor por el remedio indemnizatorio (que incluye el valor de la prestación no ejecutada).

[261] En definitiva, es correcto afirmar que nuestro TS contempla los casos de inobservancia del término esencial como posibles

<sup>529</sup> STS de 26 de junio de 1998 (Pte: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros; ED 7145).

<sup>530</sup> Fundamento de derecho segundo.

<sup>531</sup> Fundamento de derecho tercero.

manifestaciones del incumplimiento resolutorio. Como justificación al recurso a la resolución prevista en el artículo 1124 CC, el TS declara que la inobservancia del término esencial provoca la frustración del fin práctico perseguido con el contrato. Además, esta causa de resolución, opera como las demás, es decir a través del ejercicio por el acreedor de la facultad resolutoria.

#### **IV. EL TÉRMINO ESENCIAL EN EL MODERNO DERECHO UNIFORME Y COMPARADO**

[262] Para terminar, es interesante hacer una breve referencia a la reglamentación que en el moderno Derecho uniforme y comparado reciben los contratos sometidos a término esencial. Nos vamos a detener en la posibilidad de acudir al remedio resolutorio cuando el término esencial no se ha observado. Ello nos permitirá comprobar que las soluciones que nuestro Derecho ofrece en estos casos, no difieren mucho de las defendidas en el moderno Derecho de obligaciones.

##### ***A. LA CONVENCIÓN DE VIENA DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERÍAS DE 1980***

[263] Centrándonos en el derecho de resolución por incumplimiento, una rápida comparación entre la regulación contenida en la Convención de Viena de 1980 de compraventa internacional de mercaderías (*CISG*) y la prevista con anterioridad en la *ULIS*, permite constatar que la *CISG* ha introducido dos importantes cambios en el Derecho uniforme de la compraventa internacional: por un lado, ha realizado una notable

**simplificación de las causas de resolución** y, por otro lado, ha reformado la **forma de ejercicio de dicha resolución**<sup>532</sup>. Veamos qué incidencia tienen estos cambios en el marco de una posible resolución del contrato por incumplimiento del término esencial.

### 1. El término esencial como causa de resolución

[264] A diferencia de la *ULIS* que contenía una regla específica de resolución para los casos en los que la falta de cumplimiento en la fecha fijada constituía un incumplimiento esencial, la *CISG* no contiene ninguna mención expresa al respecto. Se limita a declarar que procede la resolución del contrato cuando el **incumplimiento del vendedor sea esencial**, o bien, si no hay incumplimiento esencial, es posible la resolución por **falta de entrega de las mercaderías en el plazo suplementario** otorgado por el comprador (art. 49.1 *CISG*)<sup>533</sup>. Paralelamente, respecto del comprador, procede la resolución del contrato a favor del vendedor cuando dicho **incumplimiento sea esencial**, o bien, por el **transcurso del plazo suplementario otorgado por el vendedor para que el comprador efectúe el pago o reciba las mercaderías** (art. 64.1 *CISG*)<sup>534</sup>.

<sup>532</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ, A., "Artículo 49", en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1998, pp. 435 a 444, p. 436.

<sup>533</sup> Artículo 49.1 *CISG*: "El comprador podrá declarar resuelto el contrato:

- a) Si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o
- b) En caso de falta de entrega, si el vendedor no entrega las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el comprador, conforme al párrafo 1 del artículo 47 o si declara que no efectuará la entrega dentro del plazo así fijado."

<sup>534</sup> Artículo 64.1 *CISG*: "El vendedor podrá declarar resuelto el contrato:

- a) Si el incumplimiento por el comprador de cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato; o



En los supuestos que nosotros hemos calificado de **término esencial**, su inobservancia vendría a encajar en el concepto de **incumplimiento esencial** definido con carácter general en el **artículo 25 CISG**<sup>535</sup>. Es evidente en estos casos que el hecho de que no se haya observado el tiempo de cumplimiento<sup>536</sup> frustra las legítimas expectativas del acreedor y determina una pérdida del interés en el cumplimiento del contrato (previsible por el deudor). La gravedad del incumplimiento del término esencial<sup>537</sup> vendrá determinada: (1) si el término esencial proviene de un pacto expreso de las partes, por la importancia que ellas han otorgado al deber incumplido (entrega de las mercaderías en la fecha fijada); (2) si el término esencial se deriva de la propia naturaleza del contrato, por las consecuencias lesivas que provoca la inobservancia del tiempo (pérdida del interés del acreedor en el contrato).

Además, es importante tener en cuenta que la imputabilidad del incumplimiento no forma parte del supuesto de hecho de la resolución por incumplimiento, con lo que resulta indiferente, a efectos de la resolución, si el deudor no cumplió en el término esencial pactado por que no quiso o no pudo cumplir (aspecto que sí que es relevante de cara

- 
- b) Si el comprador no cumple su obligación de pagar el precio o no recibe las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el vendedor conforme al párrafo 1 del artículo 63 o si declara que no lo hará dentro del plazo así fijado.”

<sup>535</sup> Artículo 25 CISG: “El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación.”

La ubicación del término esencial dentro de los supuestos de incumplimiento esencial que caen directamente bajo el imperio del 49.1.a CISG aparece expresamente reconocida por LÓPEZ LÓPEZ, (“Artículo 49”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, p. 438).

<sup>536</sup> Es el artículo 33 CISG el que reconoce la obligación del vendedor de entregar las mercaderías en el tiempo previsto y los artículos 58 y 59 CISG regulan la obligación del comprador de pagar el precio en la fecha fijada.

<sup>537</sup> Que es lo que en definitiva se exige al señalar que el incumplimiento será esencial “cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato”.

al ejercicio del remedio indemnizatorio que puede acompañar a la resolución del contrato).

## 2. La forma de ejercicio de la resolución

[265] Debido precisamente a las críticas que la *ULIS* recibió en este punto, en la *CISG* desaparece por completo la categoría de la “resolución *ipso facto*”<sup>538</sup>. En concreto, frente a las dos formas de resolución previstas en la *ULIS* (por declaración unilateral y automática) en la *CISG* se reconoce únicamente el ejercicio de la resolución mediante **declaración unilateral del acreedor** dirigida al deudor<sup>539</sup>.

A favor de esta resolución mediante notificación en la *CISG* se afirma que la misma aporta ventajas a ambas partes contratantes. En lo que respecta al acreedor, el hecho de que la resolución no opere inevitablemente en caso de vencimiento del término esencial, le permite elegir entre los remedios disponibles aquél que mejor se ajuste a sus necesidades. Respecto del deudor, como pone de manifiesto Cabanillas<sup>540</sup>, la exigencia de que la declaración de resolución sólo produzca efectos si se realiza a través de una notificación, le permite adoptar medidas inmediatas para atenuar las graves consecuencias que le

<sup>538</sup> DATE-BAH, S.K., “Article 26”, en Bianca/Bonell, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milán, 1987, pp. 222 a 226, pp. 222-223.

WILL considera que esta eliminación es un progreso que beneficia a ambas partes. Además pone de manifiesto que en supuestos en los que la *ULIS* establecía la resolución automática lo hacía incluso en contra del interés del propio acreedor que podía preferir optar por otro remedio (WILL, M., “Article 47”, en Bianca/Bonell, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milán, 1987, pp. 342 a 346, p. 343).

“La resolución *ipso facto* demostró ser un derecho torpe y demasiado amplio” (HONNOLD, J., *Uniform Law for International Sales. Under the 1980 United Nations Convention*, 3ª ed., La Haya, 1999 § 187).

<sup>539</sup> La resolución resulta de una declaración del contratante facultado para ella que debe ser puesta en conocimiento de la otra (DÍEZ-PICAZO, “Artículo 64”, en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, pp. 503 a 508, p. 503).

<sup>540</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, A., “Artículo 26”, en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo, Madrid, 1998, p. 224. Muestra este autor su analogía con el § 349 BGB.

ocasiona la resolución (como puede ser, cesar la fabricación, el embalaje o la expedición de las mercaderías, y en el caso de que éstas ya hayan sido entregadas, recuperar su posesión o hacer lo necesario para que tengan salida)<sup>541</sup>. Además, se evita a ambas partes las incertidumbres que provoca la previsión de una resolución *ipso facto*, como sucedía en la *ULIS*.

### 3. La opción del acreedor por el remedio resolutorio

[266] En los casos de incumplimiento del término esencial —como en los demás casos—, si el acreedor no notifica al deudor su intención de resolver el contrato, éste permanece en vigor y por tanto, ambas partes siguen obligadas a su cumplimiento<sup>542</sup>. El acreedor perjudicado por el incumplimiento puede resolver, pero no está obligado a ello<sup>543</sup>; la *CISG* pone a su disposición un sistema unitario de remedios entre los cuales elige<sup>544</sup> el que más le conviene según las circunstancias (siempre que concurren los presupuestos necesarios para su ejercicio). Así puede

<sup>541</sup> Para este autor, la exigencia de la notificación de la resolución encuentra justificación en el ámbito de la *CISG* en el hecho de que la misma considera la resolución como la sanción más fuerte en caso de incumplimiento del contrato, idea que efectivamente se confirma cuando se pone de manifiesto que en el ámbito de la *CISG* no se admite la resolución automática, (CABANILLAS, “Artículo 26”, *La compraventa internacional de mercaderías*, p. 224).

<sup>542</sup> Así lo pone de manifiesto KNAPP comentando el art. 62 *CISG*: “(...) Articles 62 and 76 imply that, if the buyer is in delay, not only the buyer continues to be bound under the contract and the Convention, but the seller also continues to be obliged to deliver to the buyer the goods, if he has not already done so, unless he has declared the contract avoided according to Article 64” (KNAPP, V., “Article 62”, en Bianca/Bonell, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milán, 1987, pp. 451 a 455, p. 452).

<sup>543</sup> WILL, M, “Article 49”, en Bianca/Bonell, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milán, 1987, pp. 359 a 367, p. 360; KNAPP, V., “Article 64”, en Bianca/Bonell, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milán, 1987, pp. 465 a 474, p. 466.

<sup>544</sup> Artículo 45 *CISG*: “1. Si el vendedor no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el comprador podrá:

(a) Ejercer los derechos establecidos en los artículos 46 a 52.

(b) Exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículo 74 a 77.”

Art. 61: “1. Si el comprador no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato o a la presente Convención, el vendedor podrá:

(a) Ejercer los derechos establecidos en los artículos 62 a 65.

(b) Exigir la indemnización de los daños y perjuicios conforme a los artículos 74 a 77.”

estimar que a pesar del incumplimiento esencial que provoca la inobservancia del término esencial, en el caso concreto la resolución no es la solución más satisfactoria para él<sup>545</sup>, y optar por exigir el cumplimiento<sup>546</sup>.

El hecho de que el acreedor pueda elegir cualquiera de los remedios disponibles ha sido visto con cierto recelo por algún autor que ha intentado derivar del deber de mitigar los daños (que recoge el artículo 77 *CISG*<sup>547</sup>), un principio general de mitigación del daño que impone al acreedor una actuación razonable en el ejercicio de sus derechos<sup>548</sup>. Según esta construcción, el acreedor que no quiera perder o ver reducida la indemnización de daños, elegirá entre los remedios disponibles aquél que sea más adecuado atendidas las circunstancias concurrentes<sup>549</sup>. A pesar de que el fin perseguido a través de esta construcción es loable; pensamos que no encaja en el sistema diseñado por la *CISG*, donde no es posible defender que la opción del acreedor entre los distintos remedios frente al incumplimiento esté regida por un

<sup>545</sup> KNAPP, V., "Article 63", Bianca/Bonell, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milán, 1987, pp. 456 a 464, p. 458.

<sup>546</sup> Así por ejemplo, la pretensión de cumplimiento goza de un reconocimiento general (con las limitaciones del art. 28 *CISG*). Es precisamente la disponibilidad generalizada de este remedio la que lleva a Díez-PICAZO, a afirmar con carácter general, que en la *CISG* no existe una resolución automática. Esta afirmación la realiza al analizar el artículo 62, pero no hay ningún problema para extenderlo al artículo 46 (DÍEZ-PICAZO, L., "Artículo 62", en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1998, pp. 496 a 499, p. 497).

<sup>547</sup> Artículo 77 *CISG*: "La parte que invoque el incumplimiento del contrato deberá adoptar las medidas que sean razonables, atendidas las circunstancias, para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento. Si no adopta tales medidas, la otra parte podrá pedir que se reduzca la indemnización de los daños y perjuicios en la cuantía en que debía haberse reducido la pérdida."

<sup>548</sup> VIDAL OLIVARES, A., *Criterios de atribución de responsabilidad por daños en la compraventa internacional de mercaderías (Especial consideración del artículo 79 CVCIM y de su engarce con el sistema de remedios por incumplimiento contractual en la Convención de Viena)*, Tesis Doctoral, UAM, 1999, pp. 225 a 226. En contra SOLER PRESAS, A., "Artículo 77" en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1998, pp. 621 a 628, afirma categóricamente que "con carácter general, es falso que la opción del acreedor entre los distintos remedios frente al incumplimiento este regida por el referido principio de mitigación del daño resarcible" (p. 624).

<sup>549</sup> Es lo que VIDAL OLIVARES denomina imposición al acreedor de una "gestión razonable de los efectos del incumplimiento" (*Criterios de atribución de responsabilidad por daños en la compraventa internacional de mercaderías*, pp. 183 y 184).

principio general de mitigación del daño del que se deriva un deber del acreedor de optar por el remedio más razonable atendidas las circunstancias<sup>550</sup>. De hecho, cuando la *CISG* ha querido limitar la posibilidad de optar por algún remedio lo ha hecho de forma expresa, baste como ejemplo el artículo 46.3 *CISG* que en caso de falta de conformidad de las mercaderías reconoce a favor del comprador la posibilidad de que exija al vendedor su reparación “a menos que esto no sea razonable habida cuenta de todas las circunstancias”.

#### 4. El término esencial en la aplicación jurisprudencial de la *CISG*

[267] Los tribunales nacionales han tenido que pronunciarse en varias ocasiones acerca de si una entrega tardía constituía o no incumplimiento esencial. Curiosamente, frente a lo que tradicionalmente se sostiene respecto de las compraventas de mercaderías y la importancia del cumplimiento temporal, en la mayoría de los casos de retraso en la entrega, se ha estimado que el comprador sólo podía resolver después de haber fijado un plazo adicional al vendedor. Únicamente, en circunstancias muy excepcionales se ha considerado que la entrega tardía

<sup>550</sup> Como señala SOLER PRESAS, A., el artículo 77 se refiere exclusivamente al deber de mitigar el daño en el caso del remedio indemnizatorio (“Artículo 77”, pp. 623 y 624 y en *La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa*, Pamplona, 1998, pp. 65-66) y no es posible extraer de él una regla general en virtud de la cual la opción del acreedor entre los distintos remedios está regida por el principio de mitigación del daño (“Artículo 77”, p. 624).

En concreto, el deber de mitigar el daño encontrará aplicación respecto de la elección del remedio por el acreedor sólo cuando se demuestre que el remedio por el que opta el acreedor es abusivo porque el único propósito de dicha elección es especular a costa del deudor. Como ejemplo de este tipo cita SOLER PRESAS el caso en el que el acreedor, estando legitimado para resolver el contrato insiste, abusivamente en su mantenimiento y opta por exigir el cumplimiento -se demuestra, por ejemplo, que el acreedor contaba con un mercado disponible dónde satisfacer plenamente su interés de cumplimiento y pudiendo resolver el contrato para acudir a él en cobertura, no lo hizo-. Siendo este el caso, la determinación del *quantum* indemnizatorio se realizará atendiendo al primer momento en el que el acreedor, en cumplimiento de la carga mitigadora que sobre él pesa, debiera haber resuelto el contrato y haberse cubierto en el mercado. Como señala esta autora, esta es precisamente la consecuencia de que en el sistema de la *CISG* se permita al acreedor insistir en el cumplimiento, porque lo somete a las perniciosas consecuencias que se deriven de la opción ejercitada cuando, salvaguardando igualmente su interés económico de cumplimiento la elección de otros remedios fuera más razonable (SOLER PRESAS, *La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa*, p. 67).

constituía un incumplimiento esencial, y que por tanto era posible una resolución inmediata (el pacto expreso de las partes otorgando el carácter esencial al tiempo de cumplimiento es decisivo para evitar futuras incertidumbres).

En esta materia son numerosas las sentencias de los tribunales alemanes, que quizá influidos por su propio Ordenamiento son muy reacios a admitir que la falta de entrega en el momento pactado constituya un incumplimiento esencial. Claro ejemplo de lo que acabamos de afirmar son los siguientes casos resueltos por tribunales alemanes en los que llama poderosamente la atención el hecho de que en todos ellos el deudor había realizado la prestación, aunque tardíamente, lo que nos lleva a hacernos una pregunta, ¿la respuesta de los tribunales habría sido la misma si el acreedor hubiese declarado la resolución con anterioridad a la pretensión de cumplimiento tardío del deudor?

El A.G. Ludwigsburg en sentencia de 21.12.1990 confirmada por el L.G. Stuttgart 13.8.1991, estima que un retraso de dos días en la entrega de ropa de temporada por un vendedor francés a un comprador alemán, no constituía un incumplimiento esencial. Los jueces estimaron que las mercaderías no habían perdido su valor como consecuencia de ese retraso, el hecho de que el comprador no pudiese ofrecer a su clientela las mercaderías hasta dos días más tarde de lo pactado no presentaba un perjuicio esencial<sup>551</sup>.

El A.G. Oldenburg 24.04.1990, declaró, en un caso de compraventa de ropa de otoño, en la que se pactaba como fecha de entrega "julio, agosto, septiembre, «+»", que la vía de la resolución por incumplimiento esencial quedaba cerrada desde el momento en que el comprador no otorgó al vendedor un plazo suplementario. Después de la primera entrega efectuada por el vendedor el 26 de septiembre, el comprador rechazó las mercaderías y reenvió la factura el 2 de octubre. En la solución de este caso sólo se discutió el art. 49.1.b por lo que como

<sup>551</sup> Sentencia recogida por WITZ, C., *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale. Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, Paris, 1995, p. 95.

hemos dicho, se denegó la resolución por no haberse otorgado un plazo suplementario al vendedor. Esta sentencia es calificada por Claude Witz<sup>552</sup> como una violación flagrante de la CISG. Sin embargo, este resultado podría considerarse correcto atendiendo al hecho de que las partes en el contrato fijaron la fecha de entrega con el símbolo «+», que entendido correctamente debe llevar a la conclusión de que no hay un momento preciso para la entrega y que la entrega tardía no constituyó un incumplimiento esencial<sup>553</sup>.

El O.L.G. Francfort 18.01.1994 resuelve un caso en el que un comprador alemán de zapatos se queja no sólo de la no-conformidad de los zapatos, sino también de la entrega tardía. Los jueces descartan la resolución pretendida por el comprador alegando que no existe un derecho de resolución a favor de éste porque no se ha puesto de manifiesto que haya dejado transcurrir un plazo suplementario. Con ello estima Witz<sup>554</sup> que los jueces omiten examinar si el retraso en la entrega pudiera considerarse un incumplimiento esencial, cuando, según este autor todo indicaba hacia ese resultado, pues se trataba de zapatos de verano que se entregan el 19 de octubre. Este autor llega a la conclusión de que el desconocimiento de las disposiciones de la CISG por los jueces alemanes es evidente y que probablemente ello se deba a que pretenden trasladar y aplicar las disposiciones del Derecho interno alemán, y en concreto el § 326 BGB v. ant.

## B. LOS PRINCIPIOS DE UNIDROIT SOBRE CONTRATOS COMERCIALES

[268] De forma semejante a lo que sucede en la CISG, los Principios de UNIDROIT no contienen una regulación expresa de las obligaciones sometidas a término esencial ni, por tanto, de las consecuencias del incumplimiento del término esencial.

<sup>552</sup> WITZ, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale*, p. 95.

<sup>553</sup> "Judicial Interpretation and Application of the CISG in Germany 1988-1994", *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, ed. CORNELL INTERNATIONAL LAW JOURNAL, Boston, la Haya, Londres, 1995, p. 71.

<sup>554</sup> WITZ, *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente internationale*, p. 96.

## 1. El término esencial y el derecho a dar por terminado el contrato

[269] Para determinar si los Principios de UNIDROIT otorgan a la parte perjudicada por la inobservancia del término esencial, el derecho a dar por terminado el contrato (resolver), hay que tener en cuenta que dichos Principios reconocen el **derecho a dar por terminado el contrato** independientemente de que el incumplimiento sea o no excusable<sup>555</sup>, únicamente exigen que el **incumplimiento**<sup>556</sup> sea **esencial** para que el acreedor disponga inmediatamente de este remedio (art. 7.3.1 (1) *UNIDROIT Principles*<sup>557</sup>). En la determinación de cuándo un incumplimiento puede ser esencial, los Principios de UNIDROIT establecen un elenco de circunstancias que se han de tener en cuenta (art. 7.3.1 (2) *UNIDROIT Principles*). De todas ellas, vamos a destacar dos que pueden adquirir relevancia en los casos de término esencial.

En primer lugar, el **artículo 7.3.1 (2) (a) *UNIDROIT Principles*** establece que para determinar si un incumplimiento es esencial se tendrá en cuenta si **“el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado”**. En este supuesto lo relevante para determinar si el acreedor dispone del derecho a dar por terminado el contrato es la gravedad efectiva del incumplimiento, que le priva de algo fundamental que tenía derecho a esperar en el momento de celebrarse el

<sup>555</sup> El artículo 7.1.7 (4) *UNIDROIT Principles*, en el caso de incumplimiento excusable, no limita el derecho de la parte que no ha recibido la prestación a dar por terminado el contrato (UNIDROIT, *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, p. 183).

<sup>556</sup> Recordemos que el artículo 7.1.1 *UNIDROIT Principles* define el incumplimiento como “la falta de ejecución por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones contractuales” y que en esta definición tiene cabida el cumplimiento defectuoso, el cumplimiento tardío y la falta total de cumplimiento. En esta última manifestación encaja el supuesto de incumplimiento del término esencial.

<sup>557</sup> Artículo 7.3.1 (1) *UNIDROIT Principles*: “Una parte podrá dar por terminado el contrato si la falta de la otra parte al cumplir una de sus obligaciones contractuales constituye un incumplimiento esencial.”



contrato<sup>558</sup>, en el podrían encajar algunos de los casos de término esencial (principalmente los casos en los que el término esencial deriva de la naturaleza del contrato).

En segundo lugar, según lo previsto en el **artículo 7.3.1 (2) (b) UNIDROIT Principles** para determinar si un incumplimiento es esencial se tendrá en cuenta si **“el cumplimiento estricto de la obligación insatisfecha era esencial dentro del contrato”**. En este caso lo relevante no es la gravedad del incumplimiento, sino el hecho de que las partes han previsto (de forma expresa o implícita) que la estricta observancia de lo pactado sea esencial, de tal forma que cualquier desviación de la obligación constituye un incumplimiento esencial. En el marco de este apartado es donde encajan la mayoría de los casos de término esencial. Prueba de ello la tenemos en los comentarios a los Principios, en los que como ejemplo de este apartado, se menciona el hecho de que en los contratos de consumo, el tiempo de entrega de los bienes suele considerarse esencial<sup>559</sup>.

## 2. La opción del acreedor por la terminación del contrato

[270] Los Principios de UNIDROIT no prevén que en estos casos la resolución opere de forma automática. Si, ante el incumplimiento del término esencial, el acreedor quiere dar por terminado el contrato, es necesario que se lo comunique al deudor (art. 7.3.2 *UNIDROIT Principles*). Además, la resolución del contrato no es la única salida de la que dispone el acreedor, quien, a pesar del incumplimiento esencial, puede tener interés en mantener el contrato. En principio, dispone de la

<sup>558</sup> UNIDROIT, *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, p. 198.

<sup>559</sup> UNIDROIT, *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, p. 198.

**pretensión de cumplimiento** de la prestación<sup>560</sup> (los límites a la pretensión de cumplimiento están previstos en el artículo 7.2.2 *UNIDROIT Principles* respecto a las obligaciones no dinerarias: la imposibilidad física o jurídica de la prestación, que el cumplimiento sea excesivamente gravoso u oneroso para el deudor, que la prestación sea de carácter exclusivamente personal o que la parte legitimada para recibir la prestación no la exija dentro de un plazo razonable desde que tuvo conocimiento o debió tener conocimiento del incumplimiento y el **resarcimiento de daños** (si bien este remedio, a diferencia del derecho a dar por terminado el contrato exige que el incumplimiento sea excusable)<sup>561</sup>.

La falta de actividad del acreedor supone el mantenimiento del contrato, y por tanto de su obligación de realizar la contraprestación.

### C. LOS PRINCIPIOS DE DERECHO EUROPEO DE LOS CONTRATOS

[271] Los *PECL* tampoco regulan de forma individual los contratos sometidos a término esencial, sino que la solución a estos casos hay que

<sup>560</sup> En este sentido, el artículo 7.1.5 *UNIDROIT Principles* prevé la posibilidad de que el acreedor comunique al deudor el otorgamiento de un plazo adicional de duración razonable para que cumpla, además en dicha comunicación puede prevenirle de que si no cumple dentro de dicho plazo, el contrato quedará automáticamente terminado.

Si bien el mecanismo del otorgamiento de un plazo adicional para cumplir está previsto para casos en los que el incumplimiento no es esencial, (y con la concesión de un plazo adicional de duración razonable un cumplimiento tardío que no era esencial puede ser causa de terminación del contrato, art. 7.3.1 (3) *UNIDROIT Principles*) nada impide al acreedor recurrir a él en supuestos de incumplimiento esencial, en cuyo caso, si el contrato no se cumple durante la prórroga, el derecho a dar por terminado el contrato simplemente renace al vencimiento del plazo. En este sentido se pone como ejemplo un caso en el que A se compromete a construir una carrocería blindada especial para el Rolls Royce de B y en el contrato se establece que el trabajo debe estar finalizado el 1 de febrero con el fin de que el coche pueda ser embarcado al país de residencia de B. El coche no está terminado en la fecha necesaria (31 de enero) pero A le asegura a B que terminará el trabajo en una semana y B decide concederle dicho plazo. En ese caso B tiene la obligación de aceptar el coche si el trabajo se realiza dentro de dicha semana (sin perjuicio de la reclamación del resarcimiento de los daños causados por el retraso, como pueden ser los gastos extras de flete). Pero si el trabajo no se concluye en dicha semana, B podrá rechazar la entrega y dar por terminado el contrato (*UNIDROIT, Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, p. 177).

<sup>561</sup> Además este remedio puede ser ejercitado junto con la terminación del contrato.

buscarla en la aplicación de la reglamentación general sobre incumplimiento.

### 1. El término esencial como causa de terminación del contrato

[272] Para determinar si en los casos de incumplimiento del término esencial hay derecho a resolver el contrato es necesario tener en cuenta lo previsto en el artículo 9:301 *PECL*. Según este precepto, la parte perjudicada por el incumplimiento dispone de un **inmediato derecho a dar por terminado el contrato**, si el **incumplimiento**<sup>562</sup> de la otra parte es **esencial**<sup>563</sup> (en el caso de retraso no esencial, el acreedor podrá proceder a la resolución del contrato una vez que haya otorgado un plazo al deudor para que cumpla<sup>564</sup>).

El artículo 8:103 *PECL* nos dice que existe incumplimiento esencial si: a) **el cumplimiento estricto de la obligación forma parte de la esencia del contrato**, o; b) **el incumplimiento priva sustancialmente a la otra parte de lo que tenía derecho a esperar del contrato** a no ser que la otra parte no lo hubiera previsto y no fuera razonable que hubiera previsto tal resultado, o; c) **el incumplimiento es intencionado y da razones a la parte perjudicada para no confiar en un futuro cumplimiento de la otra parte**<sup>565</sup>.

<sup>562</sup> El artículo 1:301 *PECL* contiene una definición amplia de incumplimiento que incluye cualquier manifestación de éste. Además, conforme a lo previsto en el artículo 8:101 *PECL*, el acreedor dispone del derecho a dar por terminado el contrato tanto si el incumplimiento es excusable como si no lo es.

<sup>563</sup> Art. 9:301 (1) *PECL*: "A party may terminate the contract if the other party's non performance is fundamental".

<sup>564</sup> Artículo 8:106 (3) *PECL*.

<sup>565</sup> Art. 8:103 *PECL* -Fundamental non-performance:

"A non-performance of an obligation is fundamental to the contract if:

- (a) strict compliance with the obligation is of the essence of the contract; or
- (b) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract, unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen that result; or
- (c) the non-performance is intentional and gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance."

No se plantea ningún inconveniente para considerar que el incumplimiento del término esencial constituye un incumplimiento esencial a efectos de la terminación del contrato. En concreto, la mayoría de los casos de contratos sometidos a término esencial se caracterizan por el hecho de que las partes han acordado que la estricta observancia del tiempo de cumplimiento sea esencial<sup>566</sup>. De esta forma, la falta de cumplimiento en el momento pactado tiene carácter esencial en virtud del artículo 8:103 (a), donde lo relevante no es la gravedad del incumplimiento sino el cumplimiento estricto de lo pactado<sup>567</sup>. En los Comentarios a los Principios para ilustrar el supuesto (a) de incumplimiento esencial, se hace referencia a una regla que existe en varios sistemas legales según la cual, en las compraventas comerciales el tiempo de entrega de las mercaderías forma parte de la esencia del contrato; el deber de cumplimiento estricto puede inferirse del lenguaje del contrato, su naturaleza o las circunstancias que concurren, y de la costumbre o usos o el curso de las relaciones entre las partes<sup>568</sup>.

## 2. La forma de operar la terminación en los casos de término esencial

[273] En principio, según el artículo 9:303 *PECL*, “el derecho de una parte a dar por terminado el contrato se ejercita mediante notificación a la otra parte”<sup>569</sup>. Por lo tanto, en caso de incumplimiento en un contrato sometido a término esencial, la **regla general** es que si el perjudicado por el incumplimiento quiere desvincularse, tiene que notificar a la otra parte su voluntad de dar por terminado el contrato.

<sup>566</sup> DÍEZ-PICAZO/ROCA/MORALES, *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, pp. 351-352.

<sup>567</sup> LANDO/BEALE, *Principles of European Contract Law*, 2ª ed., p. 364.

<sup>568</sup> LANDO/BEALE, *Principles of European Contract Law*, 2ª ed., p. 364.

Los *PECL* prevén dos **excepciones** a la regla de la resolución mediante declaración recepticia<sup>570</sup>. La primera, cuando el acreedor haya otorgado un plazo adicional para el cumplimiento declarando que al final del plazo el contrato se resolverá automáticamente si el deudor no ha procedido al cumplimiento<sup>571</sup>; en este caso, la resolución operara tras el transcurso infructuoso del plazo sin que sea necesaria una nueva declaración del acreedor en tal sentido, (art. 8:106 (3) *PECL*<sup>572</sup>). La segunda está contemplada en el propio **artículo 9:303 *PECL***, cuyo apartado (4)<sup>573</sup> prevé que, en caso de **incumplimiento excusable** en virtud del artículo 8:108 *PECL*, causado por un **impedimento total y permanente**—, el **contrato se termina automáticamente** y sin comunicación, en el mismo momento en que surja el impedimento<sup>574</sup>. En el comentario al precepto se cita como ejemplo un caso de contrato sometido a término esencial: un famoso tenor que tiene que cantar en la ceremonia de apertura de una Copa del mundo. El tenor cae gravemente enfermo y no se recupera para la fecha de la ceremonia de apertura. En este caso, se afirma, no es necesaria la notificación de la terminación del contrato<sup>575</sup>. Aunque en los Comentarios no se explica esta excepción a la

<sup>569</sup> Art. 9:303 (1) *PECL*: "A party's right to terminate the contract is to be exercised by notice to the other party."

<sup>570</sup> LANDO/BEALE, *Principles of European Contract Law*, p. 415.

<sup>571</sup> Realmente no estamos ante una verdadera excepción a la exigencia de notificación de la resolución, lo que ocurre es que ésta se anuncia por anticipado en el momento de notificar el otorgamiento del plazo adicional.

<sup>572</sup> Artículo 8:106 (3) *PECL*: "If in a case of delay in performance which is not fundamental the aggrieved party has given a notice fixing an additional period of time of reasonable length, it may terminate the contract at the end of the period of notice. **The aggrieved party may in its notice provide that if the other party does not perform within the period fixed by the notice the contract shall terminate automatically...**"

Aunque esta posibilidad está recogida en los casos de incumplimiento no esencial, por su *ratio* resulta aplicable al otorgamiento de un plazo adicional para el cumplimiento cuando la falta de cumplimiento tiene carácter esencial.

<sup>573</sup> Artículo 9:303 (4) *PECL*: "If a party is excused under Article 8:108 through an impediment which is total and permanent, the contract is terminated automatically and without notice at the time the impediment arises."

<sup>574</sup> El artículo 8:108 (3) *PECL* dispone que la parte incumplidora debe notificar al acreedor, dentro de un plazo razonable, la existencia de dicho impedimento. El incumplimiento de este deber otorga al acreedor el derecho a la indemnización de los daños que resulten por la falta de notificación.

<sup>575</sup> LANDO/BEALE, *Principles of European Contract Law*, p. 415.

regla, no es difícil deducirla. El requisito general de notificación de la terminación del contrato se basa en la buena fe, en el sentido de que la incertidumbre en la que se encuentra el deudor acerca de lo que sucederá con el contrato<sup>576</sup> puede provocarle una pérdida desproporcionada respecto al inconveniente que supone para el acreedor la necesidad de notificar la terminación del contrato<sup>577</sup>; pues bien, esta incertidumbre se considera que no existe en caso de incumplimiento excusable debido a un impedimento total y permanente, en el que además, el único remedio disponible para el acreedor es la terminación del contrato, como hemos tenido ocasión de comprobar.

En definitiva, en los supuestos de incumplimiento de obligación sometida a término esencial, el acreedor que pretenda la terminación del contrato debe notificarla al deudor a no ser que el incumplimiento del deudor sea excusable y esté causado por un impedimento total y permanente, en cuyo caso, la terminación del contrato operará automáticamente.

### 3. La opción del acreedor por la terminación del contrato

[274] En los casos en los que la resolución no opera automáticamente, el incumplimiento del término esencial simplemente ofrece al acreedor la posibilidad de resolver el contrato pero hasta que esto suceda, si es que definitivamente opta por ello, el contrato se mantiene y se produce una situación de incertidumbre<sup>578</sup>. Para evitar que dicha situación se prolongue, el **artículo 9:303 (2) PECL** establece que el perjudicado por

---

<sup>576</sup> En el caso de que el deudor no hubiera cumplido todavía, la incertidumbre reside en la duda acerca de si el acreedor aceptará o no el cumplimiento, y si el deudor había procedido al cumplimiento aunque éste fuera demasiado tarde o defectuoso, la pasividad del acreedor le puede llevar a confiar en que éste ha aceptado el cumplimiento.

<sup>577</sup> LANDO/BEALE, *Principles of European Contract Law*, p. 414.

<sup>578</sup> DÍEZ-PICAZO/ROCA/MORALES, *Los Principios del Derecho europeo de contratos*, p. 362.

el incumplimiento pierde su derecho a dar por terminado el contrato si no lo notifica en un plazo razonable a contar desde el momento en que tenga conocimiento o debiera haber conocido el incumplimiento. Sin embargo, el párrafo (3) (a) del mismo artículo prevé que tratándose de un caso en el que el ofrecimiento de cumplimiento no se ha realizado en el tiempo previsto, el acreedor no necesita notificar la resolución antes de que se le haga dicha oferta<sup>579</sup>; aunque, si conocía o tenía motivos para conocer que el deudor tenía la intención de cumplir en un tiempo razonable, y no le comunica al deudor que no aceptará dicho cumplimiento, pierde su derecho a dar por terminado el contrato si el deudor efectivamente realiza la oferta en un plazo razonable (art. 9:303 (3) (b) *PECL*).

#### **D. EL CÓDIGO CIVIL HOLANDÉS<sup>580</sup>**

[275] El nuevo Código civil holandés (BW) tampoco contiene una regulación específica para la resolución en los casos de término esencial. Ello hace necesaria la aplicación de las reglas generales sobre resolución por incumplimiento. Veamos si el término esencial presenta alguna especialidad como causa de resolución del contrato<sup>581</sup>.

<sup>579</sup> En este punto es importante resaltar que en caso de contrato sometido a término esencial, si el acreedor ha rechazado una oferta de cumplimiento que no era conforme al contrato, el deudor no puede hacer una nueva oferta de cumplimiento puesto que existe un incumplimiento esencial. De hecho, como ejemplo de un caso en el que el acreedor puede rechazar una nueva oferta de cumplimiento se cita la compraventa de una cantidad de cacao que el vendedor tiene que enviar al comprador antes de 1 de septiembre y le llega el 2 de septiembre en unas características que no se ajustan al contrato por lo que el comprador la rechaza. Admitiendo que (como normalmente sucede en las compraventas comerciales) el tiempo de entrega forma parte de la esencia del contrato, es demasiado tarde para que el vendedor realice una nueva oferta conforme. (LANDO/BEALE, *Principles of European Contract Law*, 2ª ed., p. 368).

<sup>580</sup> Empleamos la traducción realizada por HAANAPPEL P.P.C. y MACKAAY, E., del *Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek het Vermogensrecht (Zakenrecht, Verbintenissenrecht en Bijzondere Overeenkomsten)*, bajo los auspicios del Ministerio de justicia de los Países-Bajos y del Centro de Derecho privado y Comparado de Quebec, Deventer/Boston, 1992.

<sup>581</sup> En caso de incumplimiento del deudor el acreedor puede elegir entre una serie de remedios (cada uno de ellos tiene su propio supuesto de hecho, aunque todos tienen en común el incumplimiento): a) cumplimiento (específico), b) cumplimiento e indemnización por retraso en el cumplimiento; c)

## 1. El término esencial como causa de resolución

[276] En primer lugar, no parecen existir obstáculos para considerar que el incumplimiento del término esencial constituye una justa causa de resolución. El artículo 6:265.1 BW declara que todo incumplimiento por una de las partes de una de sus obligaciones, otorga a la otra parte el derecho a resolver el contrato a no ser que el incumplimiento<sup>582</sup>, teniendo en cuenta su naturaleza o su menor importancia, no justifique esta resolución<sup>583</sup>. A continuación, el segundo párrafo del artículo 6:265 BW hace una precisión y declara que en la medida en que el cumplimiento no resulte imposible de forma temporal o permanente, el derecho de resolución sólo surge una vez que el deudor está constituido en mora<sup>584</sup>.

[277] Nos podemos encontrar con contratos sometidos a término esencial, en los que el cumplimiento posterior sea imposible, (la prestación era sólo posible en un determinado momento y dicho momento ha transcurrido<sup>585</sup>), en cuyo caso, nos encontramos ante un supuesto de imposibilidad, y conforme a lo previsto en el Código, el

---

indemnización de daños en lugar de cumplimiento (art. 6:87 BW); d) resolución del contrato; e) resolución del contrato e indemnización (HARTKAMP/TILLEMA, *Contract Law in the Netherlands*, p. 129, párrafo 176)

<sup>582</sup> Para que proceda el remedio resolutorio no es necesario que el incumplimiento sea imputable al deudor, la imputabilidad del incumplimiento sólo tiene trascendencia de cara a la indemnización de daños (art. 6:74 BW) que acompaña al remedio resolutorio según el artículo 6:277 BW. Mientras que en caso de incumplimiento imputable, el deudor tiene que indemnizar a la otra parte el daño que sufre porque se produce la resolución y no la ejecución recíproca; en caso de que la falta de cumplimiento no sea imputable al deudor, según el art. 6:78 BW, el acreedor tiene derecho a reclamarle aquello en lo que se beneficie el deudor por no realizar su prestación, y si la ventaja o beneficio que obtiene consiste en un crédito contra un tercero, es suficiente con que el deudor transmita dicho crédito al acreedor.

<sup>583</sup> Art. 6:265.1 BW: "Every failure of one of his obligations gives the other party the right to set aside the contract in whole or in part, unless the failure, given its special nature or minor importance, does not justify the setting aside of the contract and the consequences flowing therefrom."

<sup>584</sup> Art. 6:265.2 BW: "To the extent that performance is not permanently or temporarily impossible, the right to set the contract aside does not arise until the debtor is in default."

<sup>585</sup> HARTKAMP/TILLEMA, *Contract Law in the Netherlands*, p. 130, párrafo 178).



acreedor **dispone inmediatamente del remedio resolutorio**<sup>586</sup>, desaparece la pretensión de cumplimiento y sólo dispone del remedio indemnizatorio si el incumplimiento es imputable al deudor.

[278] También es probable que, a pesar de haberse pactado un término esencial, el cumplimiento tardío sea todavía posible. En ese caso, para que proceda la resolución, el **artículo 6:265 BW** exige que el deudor esté constituido en mora conforme a los artículos 6:81 BW y siguientes. En estos casos, junto al remedio resolutorio, el acreedor dispone de un abanico más amplio de remedios a los que acudir, entre los que se encuentra la pretensión de cumplimiento.

Para paliar la situación de incertidumbre respecto al remedio por el que optará el acreedor, el **artículo 6:88.1 BW** prevé la posibilidad de que el deudor incumplidor fije un plazo razonable al acreedor para que le haga saber qué remedio va a ejercitar. Si el acreedor no se pronuncia en el plazo establecido sólo podrá pretender: a) la reparación del daño causado por el incumplimiento y, si la obligación consiste en el pago de una suma de dinero, en dicha suma; b) la resolución del contrato, si el deudor hace valer que el incumplimiento no le es imputable<sup>587</sup>.

<sup>586</sup> El remedio resolutorio está disponible tanto si la imposibilidad es imputable al deudor, como si no le es imputable (*force majeure*, en palabras de HARTKAMP/TILLEMA; *Contract Law in the Netherlands*, p. 135, párrafo 188).

<sup>587</sup> Artículo 6:88 BW: "1. The debtor who has failed in the performance of his obligation may grant a reasonable period to the creditor within which the latter must notify him of the remedies he wishes to exercise and which are at his disposal at the beginning of this period; in case of non-compliance by the creditor, he may only claim:

- a. the reparation of damage to which the failure entitles him and, if the obligation is one for the payment of a sum of money, that sum;
- b. the setting aside of the contract from which the obligation arises, if the debtor invokes the fact that the non-performance cannot be imputed to him."

## **2. Forma de ejercicio de la resolución en los casos de término esencial**

[279] Por tanto, a pesar de que formalmente el Código civil holandés distingue entre imposibilidad y mora como manifestaciones del incumplimiento de cara al ejercicio del remedio resolutorio, en ambos supuestos dicho remedio en ningún caso opera automáticamente. Ello significa que, cualquiera que sea la forma que revista el término esencial (tanto si es posible un cumplimiento posterior como si no), la resolución opera cuando el acreedor la ejercita, bien mediante una notificación por escrito al deudor, bien a través del órgano judicial (**artículo 6:267 BW**).

### ***E. LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN PARA LA REFORMA DEL DERECHO DE OBLIGACIONES ALEMÁN DE 1992 Y LA REGULACIÓN DEL BGB TRAS LA REFORMA DE 2001***

[280] El caso alemán es especialmente interesante por eso nos vamos a detener en él. Ya hemos tenido ocasión de exponer el régimen jurídico que el Derecho alemán aplicaba a los contratos sometidos a término esencial antes de la reforma del BGB de 2001, en concreto, hemos estudiado los denominados negocios a fecha fija absolutos, que se asimilan a los casos de imposibilidad, los negocios a fecha fija relativos contemplado en el § 361 BGB v. ant. y los casos de mora cualificada del § 326 (2) BGB v. ant. Ahora nos vamos a ocupar del término esencial en el proyecto de reforma de 1992 y en el BGB tras la reforma de 2001.

[281] La reciente ley para la modernización del Derecho de obligaciones alemán contempla un nuevo régimen jurídico para los contratos

sometidos a término esencial. Este nuevo régimen, en vigor desde el 1 de enero de 2002, no se corresponde con la reglamentación que, en 1991, propuso la Comisión para la reforma del Derecho de obligaciones alemán. A pesar de todo, la propuesta de la Comisión constituye, a nuestro juicio, un modelo de referencia necesaria; las soluciones en ella ofrecidas a las cuestiones que hemos planteado llevan aparejada una excelente ponderación de los intereses en juego, y una solución que consideramos sencilla y razonable. Por esta razón vamos a estudiar ambos textos. Comprobaremos, cómo el nuevo texto del BGB ha incorporado una solución que, en cierta medida, supone un paso hacia atrás a las propuestas realizadas hace una década.

### **1. Los negocios a fecha fija en la propuesta de la Comisión para la Reforma del Derecho de obligaciones alemán de 1991**

[282] Como ya hemos tenido ocasión de comprobar la propuesta de la Comisión abandona por completo el sistema seguido en el BGB y lo que hasta entonces constituía un número importante de supuestos de disolución del contrato (*Vertragsaufhebung*) con presupuestos de ejercicio diferentes y consecuencias jurídicas distintas<sup>588</sup> pasan a quedar englobados en una norma central que, de forma unitaria, contempla la disolución del contrato como remedio jurídico para todos los casos de **lesión de la obligación** (*Pflichtverletzung*)<sup>589</sup> que tenga su origen en el

---

<sup>588</sup> *Abschlußbericht*, p. 163. Baste con citar por ejemplo, la *ipso iure Auflösung* prevista en el § 323 BGB para los casos de imposibilidad sobrevenida no imputable, cuyas consecuencias se rigen por las normas del enriquecimiento injusto; la resolución (*Rücktritt*) prevista en el § 325 BGB para los casos de imposibilidad sobrevenida imputable al deudor cuyas consecuencias se rigen por los §§ 346 y ss. relativos a las consecuencias de la resolución; la resolución prevista en el § 326 BGB para los casos de mora o la resolución “simplificada” reconocida en los casos negocios a fecha fija del § 361 BGB, o la nulidad derivada de la imposibilidad inicial prevista en el § 306 BGB.

<sup>589</sup> El concepto de lesión de la obligación (*Pflichtverletzung*) constituye el punto central del derecho del incumplimiento o en terminología de la Comisión, “derecho de perturbación de la prestación (*Leistungstörungsrecht*)”, (*Abschlußbericht*, p. 29) y sólo consiste en una diferencia terminológica y no

contrato. Dicha norma es el § 323 BGB-KE que prevé esta figura unitaria bajo la denominación de “**resolución**” (*Rücktritt bei Pflichtverletzung*), en ella vamos a encontrar la solución aplicable a los denominados por la doctrina alemana, negocios a fecha fija absolutos y relativos.

[283] Para comprender mejor el significado de la resolución prevista en el § 323 BGB-KE es importante resaltar sus fundamentos. En primer lugar, la resolución no se apoya, como hasta ahora, en la noción de imposibilidad sino en la de incumplimiento, o en terminología de la Comisión, la “**lesión de la obligación**” (imposibilidad inicial, sobrevenida, objetiva o subjetiva, imputable o no imputable no son más que posibles casos de incumplimiento)<sup>590</sup>. En segundo lugar, el recurso al remedio resolutorio es independiente de si es o no imputable al deudor el incumplimiento<sup>591</sup>. En tercer lugar, el hecho de que el acreedor recurra al remedio resolutorio no le impide reclamar la indemnización de daños y perjuicios (siempre que concurren sus presupuestos)<sup>592</sup>. Y, en cuarto lugar, se da primacía al mantenimiento del contrato y su cumplimiento, lo cual se asegura estableciendo como **regla general**, la necesidad de que ante la falta de cumplimiento el **acreedor otorgue un plazo adicional al deudor para que cumpla**, o bien se exige que se realice una denuncia previa (*Abmahnung*)<sup>593</sup>, (§ 323 (1) BGB-KE<sup>594</sup>).

---

material respecto del concepto de “incumplimiento” (*Nichterfüllung*) recogido en la CV (*Abschlußbericht*, p. 29).

<sup>590</sup> *Abschlußbericht*, pp. 29 y 166.

<sup>591</sup> *Abschlußbericht*, pp. 31 y 166. En este punto es importante resaltar que en la regulación actual del BGB la regla general es que el derecho de resolución procede cuando el incumplimiento es imputable al deudor, si bien, como hemos tenido ocasión de comprobar, el § 361 BGB constituye una excepción a dicha regla pues permite al acreedor resolver el contrato con independencia de si el incumplimiento es o no imputable al deudor.

<sup>592</sup> La pretensión a la indemnización decae cuando la lesión a la obligación no es imputable al deudor (*Abschlußbericht*, p. 31).

<sup>593</sup> *Abschlußbericht*, p. 31.

[284] En su apartado (2), el § 323 BGB-KE establece una serie de supuestos en los que el acreedor puede valerse del **derecho de resolución sin necesidad de conceder previamente un plazo al deudor** para que tenga una oportunidad de cumplir, ni de que efectúe una denuncia previa<sup>595</sup>. Los denominados negocios a fecha fija, por su propia naturaleza, constituyen casos en los que el acreedor dispone inmediatamente del remedio resolutorio. Sin embargo, la Comisión no se refiere a ellos de forma expresa, sino que es necesario encuadrarlos dentro de los tres supuestos para los que la Comisión ha previsto un **derecho de resolución inmediato** (“*sofortiges Rücktrittsrecht*”). Dichos supuestos son:

1. *Cuando resulta evidente que la concesión de plazo no tendrá ningún resultado* (§ 323.2.1 BGB-KE). Dentro de este apartado se incluyen todos los casos de **imposibilidad** (*Unmöglichkeit*), de los “*absolute Fixgeschäft*”, de la **negativa del deudor a cumplir** después de la exigibilidad del cumplimiento (*ernsthaften Erfüllungsweigerung nach Fälligkeit*), de la denominada “**imposibilidad económica**” (*wirtschaftliche Unmöglichkeit*) o prestación excesivamente onerosa (*unüberwindbaren Leistungserschwerung*)<sup>596</sup>.

<sup>594</sup> § 323 BGB-KE: “(1).1. Verletzt der eine Teil eine Pflicht aus einem gegenseitigen Vertrag, so kann der andere Teil nach erfolglosem Ablauf einer von ihm bestimmten angemessenen Frist vom Vertrag zurücktreten, wenn der Schuldner auf Grund der Fristsetzung mit dem Rücktritt rechnen mußte.”

<sup>595</sup> § 323.2 BGB-KE: “Der Bestimmung einer Frist oder der Abmahnung bedarf es nicht, wenn

1. offensichtlich ist, daß sie keine Erfolg hätten;
2. die Pflichtverletzung darin besteht, daß die Leistung zu einem im Vertrag bestimmten Termin oder innerhalb einer im Vertrag bestimmten Frist unterbleibt und der Gläubiger im Vertrag den Fortbestand seines Leistungsinteresses an die Rechtzeitigkeit der Leistung gebunden hat;
3. aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der sofortige Rücktritt gerechtfertigt ist.”

<sup>596</sup> *Abschlußbericht*, p. 168. Con ello, quedan cubiertas las situaciones que actualmente están reguladas en los §§ 323 y 325 BGB, los casos de *positive Forderungsverletzung*, de negativa seria y definitiva del

2. Cuando el incumplimiento se refiere a una prestación que debe realizarse en un momento concreto o dentro de un plazo concreto determinado en el contrato, y el acreedor ha ligado en el contrato la subsistencia de su interés en la prestación a un cumplimiento puntual de ésta (§ 323.2.2 BGB-KE). Dentro de este supuesto se incluyen los casos de “*relative Fixgeschäfte*” regulados con anterioridad en el § 361 BGB (que desaparece). La nueva regulación se diferencia del § 361 BGB, pero sigue en cierta medida al § 376 HGB, pues no se formula simplemente una regla de interpretación “en caso de duda”, sino que directamente se establece un derecho de resolución legal por incumplimiento debido al hecho de haberse sobrepasado el plazo previsto<sup>597</sup>. Para que un negocio pueda ser calificado como “fijo” según la propuesta de la Comisión, es necesario que “la otra parte contratante haya ligado la permanencia de su interés en el cumplimiento a la realización de la prestación en el momento determinado”<sup>598</sup>.

3. Cuando la resolución inmediata está justificada por razón de los intereses de ambas partes (§ 323.2.3 BGB-KE). Esta tercera causa de resolución sin necesidad de otorgar previamente un plazo al deudor para que cumpla, se considera residual y se ha previsto para cubrir los casos no comprendidos en los dos apartados anteriores<sup>599</sup>. Se afirma que con ello se les dota a los jueces de cierta capacidad de maniobra, además, permite cubrir los casos antes

---

deudor a cumplir, y los casos de imposibilidad económica (aunque en este último caso, siempre que sea posible tiene prioridad el reajuste del contrato, § 306 (3) BGB-KE).

<sup>597</sup> *Abschlußbericht*, p. 168.

<sup>598</sup> *Abschlußbericht*, p. 168, que según la jurisprudencia —relativa al § 361 BGB y § 376 HGB— se desprende del contrato o de las circunstancias objetivas.

<sup>599</sup> *Abschlußbericht*, p. 168.

comprendidos en el § 326.2 BGB, en los que el tiempo de cumplimiento era importante pero no constituían *Fixgeschäfte*<sup>600</sup>.

[285] En definitiva, podemos afirmar que, en la propuesta de 1991, la inobservancia del término en los negocios a fecha fija constituye un tipo más de incumplimiento y, a efectos del remedio resolutorio, no es relevante si el deudor es o no responsable de él. La única especialidad que presentan los negocios a fecha fija es que **para que el acreedor pueda declarar la resolución no es necesario que previamente haya otorgado un plazo suplementario al deudor con una última oportunidad de cumplir**. En cualquier supuesto de negocio a fecha fija —relativo o absoluto—, transcurrido el tiempo previsto para el cumplimiento, puede procederse inmediatamente a la resolución del contrato, dicha resolución operará mediante **declaración del acreedor dirigida al deudor** (§ 349 BGB<sup>601</sup>), y nunca automáticamente<sup>602</sup>, además, en todos los casos de resolución la situación se liquida conforme a las normas establecidas en los §§ 346 y ss del BGB-KE<sup>603</sup>.

<sup>600</sup> *Abschlußbericht*, p. 168.

<sup>601</sup> Del resto de la regulación de la resolución interesa resaltar que el § 323 (3) BGB-KE establece los casos en los que se excluye el derecho de resolución, así, el derecho de resolución está excluido cuando la lesión de la obligación es irrelevante (§ 323 (3) 1 BGB-KE); cuando se ha lesionado una obligación en el sentido del § 241 (2) BGB-KE y a pesar de ello se le puede exigir al acreedor que permanezca obligado por el contrato (§ 323 (3) 2 BGB-KE); cuando el acreedor es responsable de la lesión de la obligación de manera exclusiva o primordial (§ 323 (3) 3 BGB-KE); y, por último, cuando a la pretensión se le opone una excepción que el deudor ya ha opuesto o que opone inmediatamente después de la resolución (§ 323 (3) 4 BGB-KE).

Además, el § 323 (5) BGB-KE prevé la posibilidad de que el deudor fije al acreedor un plazo de duración razonable para que ejercite su derecho de resolución. Si el acreedor deja transcurrir el plazo sin ejercitarlo, sólo podrá resolver el contrato una vez transcurrido infructuosamente el plazo que fije al deudor para que cumpla o una vez que haya realizado la denuncia sin éxito.

<sup>602</sup> *Abschlußbericht*, p. 166.

<sup>603</sup> *Abschlußbericht*, p. 168: "Gegenüber dem geltenden Recht ist wichtig, daß künftig bei nicht zu vertretender Unmöglichkeit die Leistungspflichten nicht mehr ipso iure erlöschen und erbrachte Leistungen nach Bereicherungsrecht abzuwickeln sind, sondern Rücktritt erklärt werden muß und Rückabwicklung nach §§ 346 ff. BGB-KE erfolgt". Además, también quedan comprendidos los supuestos de imposibilidad temporal cuando se comprende que en un determinado plazo no va a poder ser superada o aquellos supuestos de imposibilidad subjetiva por robo o pérdida del objeto debido en los cuales volver a conseguirlo dentro del plazo fijado al deudor es claramente imposible.

## 2. Los negocios a fecha fija tras la reforma del BGB de 2001

[286] Apartándose de la línea trazada por la Comisión de 1991, la **ley para la modernización del Derecho de obligaciones** alemán no regula de forma unitaria todos los casos de resolución por falta de cumplimiento.

Por un lado, en el nuevo **§ 323 BGB** se regula, con carácter general, la resolución por incumplimiento (en concreto se denomina “resolución por prestación no realizada o no realizada conforme a derecho” (*Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung*)). En el apartado (1) de dicho precepto se prevé, como regla general, la necesidad de que el acreedor conceda un plazo razonable al deudor para que cumpla, antes de poder acudir al remedio resolutorio<sup>604</sup>. Sin embargo, el **apartado (2)** de este mismo precepto contempla la posibilidad de que el acreedor declare la resolución sin necesidad de fijar previamente un plazo al deudor para que cumpla, es lo que se denomina un **derecho de resolución inmediata** (*sofortiges Rücktrittsrecht*). En concreto, el **§ 323 (2) (2) BGB** prevé una resolución sin necesidad de previa concesión de un plazo, **cuando el deudor no ha realizado la prestación en el momento fijado o dentro del plazo fijado y el acreedor ha ligado la permanencia de su interés en la prestación al cumplimiento puntual de la misma**<sup>605</sup>. Se refiere a los casos

<sup>604</sup> § 323 (1) BGB: “Erbringt bei einem gegenseitigen Vertrag der Schuldner eine fällige Leistung nicht oder nicht vertragsgemäß, so kann der Gläubiger, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Leistung oder Nacherfüllung bestimmt hat, vom Vertrag zurücktreten.”

<sup>605</sup> § 323 (2) (2) BGB: “Die Fristsetzung ist entbehrlich, wenn der Schuldner die Leistung zu einem im Vertrag bestimmten Termin oder innerhalb einer bestimmten Frist nicht bewirkt und der Gläubiger im Vertrag den Fortbestand seines Leistungsinteresses an die Rechtzeitigkeit der Leistung gebunden hat”.



denominados **negocios a fecha fija relativos**, regulados hasta ahora en el § 361 BGB v. ant.<sup>606</sup>.

[287] Por otro lado, en el nuevo § 326 BGB (bajo la rúbrica *Befreiung von der Gegenleistung und Rücktritt beim Ausschluss der Leistungspflicht*) se regulan los casos de resolución del contrato cuando desaparece la obligación de cumplir una de las prestaciones. Es en este precepto donde habría que ubicar los denominados hasta ahora “**negocios a fecha fija absolutos**”, pues conforme a lo previsto en el § 275 BGB se trata de casos en los que desaparece la pretensión de cumplimiento (apartados 1 a 3). El BGB, en su nueva redacción, se distancia de los cambios propuestos por la Comisión y propone un precepto dedicado a los casos en los que el acreedor no dispone de la pretensión de cumplimiento. En estos casos, el deudor pierde la pretensión a la contraprestación<sup>607</sup>, pero no se produce una extinción automática del contrato, sino que, tal y como establece el § 326 (5) BGB, el acreedor que quiere quedar liberado puede declarar la resolución conforme a lo previsto en el § 323 BGB, aunque sin el requisito de la concesión de un plazo al deudor para que cumpla<sup>608</sup>.

---

<sup>606</sup> *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts (Stand 9. Mai 2001)*, p. 430; (vid. Kohte/Micklitz/Rott/Tonner/Willingmann, *Das neue Schuldrecht-Kompaktcommentar*, § 323 BGB núm. 15).

El § 323 (2) (3) BGB contiene otro supuesto de resolución inmediata, aquél en el que, atendiendo a las circunstancias concurrentes, y ponderando los intereses de ambas partes, se justifica la existencia de una resolución de este tipo. Este supuesto se concibe para cubrir los casos no incluidos en los números precedentes. En concreto, en su supuesto de hecho se incluyen los casos regulados hasta la reforma en el § 326.2 BGB v. ant. (*Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts (Stand 9. Mai 2001)*, p. 430; Kohte/Micklitz/Rott/Tonner/Willingmann, *Das neue Schuldrecht-Kompaktcommentar*, § 323 BGB núm. 16 y 17).

<sup>607</sup> § 326 (1) BGB: “Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten, entfällt der Anspruch auf die Gegenleistung (...)”

<sup>608</sup> § 326 (5) BGB: “Braucht der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 nicht zu leisten, kann der Gläubiger zurücktreten; auf den Rücktritt findet § 323 mit der Maßgabe entsprechende Anwendung, dass die Fristsetzung entbehrlich ist.”

[288] Además, la resolución no es el único remedio del que dispone el acreedor en estos casos, puede optar por mantener el contrato y exigir la indemnización de daños y perjuicios en lugar de la prestación en las condiciones previstas en el § 281 BGB (§ 283 BGB-RE) o bien, exigir el *commodum subrogatus* (§ 285 BGB).

### **CAPÍTULO III: LA RESOLUCIÓN DE PLENO DERECHO EN LA COMPRAVENTA DE BIENES MUEBLES**

[289] Para terminar esta primera parte del trabajo, dedicada a la posible existencia en nuestro Derecho de una resolución automática, nos queda por analizar una resolución “especial” prevista en el artículo 1505 CC. Dicho precepto declara, respecto de la compraventa de bienes muebles, que “la resolución de la venta tendrá lugar **de pleno derecho**, en interés del vendedor, cuando el comprador, antes de vencer el término fijado para la entrega de la cosa, no se haya presentado a recibirla o, presentándose, no haya ofrecido al mismo tiempo el precio, salvo que para el pago de éste se hubiese pactado mayor dilación”<sup>1</sup>.

[290] Nuestro objetivo es determinar qué **significado** tiene la referencia en este precepto a una **resolución de pleno derecho**, cómo opera en este caso el remedio resolutorio: si tiene lugar automáticamente, al margen de la voluntad de las partes o si, por el contrario, es facultativa para el perjudicado por el incumplimiento.

En el caso de que determinemos que opera automáticamente, nos encontraremos ante una excepción a la regla general de resolución mediante declaración del acreedor; por el contrario, si estimamos que tiene lugar cuando el acreedor la hace valer, deberemos establecer cuáles

---

<sup>1</sup> Precepto que coincide en su redacción con el artículo 1434 del Proyecto de Código civil de 1851 y al que GARCÍA GOYENA (*Concordancias*, p. 760) atribuye como precedente directo el artículo 1162 del Código civil sardo, aunque reconoce que coincide en parte con el artículo 1657 CC francés.

son las especialidades que presenta este tipo de resolución respecto de la resolución general prevista en el artículo 1124 CC.

Nuestro Código civil no nos determina de forma expresa qué significa una resolución de pleno derecho, antes de exponer cómo la han interpretado la doctrina y la jurisprudencia españolas es interesante hacer una breve exposición de lo que sucede en otros Ordenamientos de nuestro entorno.

## **I. LA RESOLUCIÓN ESPECIAL EN LA COMPRAVENTA DE BIENES MUEBLES: MODELOS DE DERECHO COMPARADO Y UNIFORME**

[291] Es curioso comprobar cómo tanto en Derecho comparado como en Derecho uniforme se contempla, frecuentemente, una **resolución «especial»** para determinados casos de **compraventa de bienes muebles**. Sin embargo, no existe unanimidad respecto al supuesto de hecho que da lugar a esta resolución «especial» y tampoco respecto a las características que configuran dicha resolución en comparación con el remedio general resolutorio para el caso de incumplimiento. Lo cierto es que, en cualquier caso, supone una resolución más rápida que la resolución general por incumplimiento.

## A. LA RESOLUCIÓN DE PLEIN DROIT EN EL ARTÍCULO 1657 DEL CC FRANCÉS

[292] El Código civil francés, al igual que nuestro Código civil, prevé una resolución de pleno derecho en el ámbito de la compraventa de mercancías y bienes muebles. El **artículo 1657 del Código civil francés** dispone: «*En matière de vente de denrées et effets mobiliers, la résolution aura lieu de plein droit et sans sommation, au profit du vendeur, après l'expiration du terme convenu pour le retirement.*»

### 1. Presupuestos para la resolución de pleno derecho

[293] El precepto mencionado reconoce una **resolución de pleno derecho** a favor del vendedor sólo para el caso de que **el comprador no se presente a recibir las mercaderías**. Este dato ha sido resaltado por la doctrina francesa que ha puesto de manifiesto que en caso de negativa del comprador a pagar el precio<sup>2</sup> y en caso de incumplimiento del vendedor de su obligación de entrega<sup>3</sup> no existe una resolución de pleno derecho, sino que rige lo previsto, con carácter general, en el artículo 1184 CC francés<sup>4</sup> (*cfr.* con nuestro artículo 1505 CC que reconoce la resolución tanto en el supuesto de que el comprador no se presente a

<sup>2</sup> Respecto de este tipo de incumplimiento, el artículo 1654 del Código civil francés declara: "Si l'acheteur ne paye pas le prix, le vendeur peut demander la résolution de la vente".

<sup>3</sup> El artículo 1610 del Código civil francés se ocupa de este caso: "Si le vendeur manque à faire la délivrance dans le temps convenu entre les parties, l'acquéreur pourra, à son choix, demander la résolution de la vente, ou sa mise en possession, si le retard ne vient que du fait du vendeur".

Si bien, en el ámbito del Derecho de consumidores, el *Code de la consommation* prevé que "Le consommateur peut dénoncer le contrat de vente d'un bien meuble ou de fourniture d'une prestation de services par lettre recommandée avec demande d'avis de réception en cas de dépassement de la date de livraison du bien ou d'exécution de la prestation excédant sept jours et non dû à un cas de force majeure. Ce contrat est, le cas échéant, considéré comme rompu à la réception, par le vendeur ou par le prestataire de services, de la lettre par laquelle le consommateur l'informe de sa décision, si la livraison n'est pas intervenue ou si la prestation n'a pas été exécutée entre l'envoi et la réception de cette lettre. Le consommateur exerce ce droit dans un délai de soixante jours ouvrés à compter de la date indiquée pour la livraison du bien ou l'exécution de la prestation. (art. L. 114-1).

recibir la entrega de los bienes muebles, como en el supuesto de que presentándose no ofrezca el pago del precio<sup>5</sup>).

[294] El artículo 1657 CC francés únicamente requiere que se trate de un contrato de compraventa de bienes muebles en el que se haya fijado un **plazo determinado para que el comprador se presente a recibir la mercadería**; a pesar de ello, un importante sector de la doctrina francesa defiende que para que resulte de aplicación este precepto es preciso que concurren circunstancias que justifiquen la actitud del vendedor. Así, se exige que el término fijado sea imperativo y en interés del vendedor, que conste la incomparecencia del comprador y el riesgo de perecimiento de las mercancías<sup>6</sup>. De lo contrario, afirman estos autores, se permitiría el recurso al remedio resolutorio en supuestos en los que conforme al artículo 1184 CC francés éste no sería procedente, por ejemplo, cuando existe un simple retraso que no afecta de manera importante a los intereses del vendedor, o en supuestos en los que el comprador está dispuesto a cumplir y así lo ofrece al vendedor.

## 2. Funcionamiento de la resolución de pleno derecho

[295] La doctrina francesa afirma que la resolución de pleno derecho prevista en el artículo 1657 CC francés supone una derogación del régimen común de la resolución establecido en el artículo 1184 del Código civil francés. Mientras que la resolución en virtud del artículo

---

<sup>4</sup> Por todos, GHESTIN, J./DESCHÉ, B., *La vente*, en *Traité des contrats* dirigido por Jacques Ghestin, París, 1990, p. 1107.

<sup>5</sup> Sobre este aspecto señala GARCÍA GOYENA que presentarse a recoger las mercaderías y no ofrecer al mismo tiempo el precio es lo mismo o aún peor que no presentarse (*Concordancias*, p. 760).

<sup>6</sup> GHESTIN/DESCHÉ, *Traité des contrats. La vente*, p.1108. AUDIT, B., exige, además, que la resolución prevista en este artículo sea hecha valer en un plazo razonable, pues de no ser así, el vendedor pierde este derecho (*La vente internationale de marchandises, Convention des Nations Unies du 11 avril 1980, Paris, 1990*, p. 150).

1184 CC francés, exige una decisión judicial (el acreedor tiene que solicitar al juez que declare la resolución), la **resolución de pleno derecho** prevista en el artículo 1657 CC francés tiene lugar por **simple declaración del vendedor**<sup>7</sup>. Sobre este aspecto, no existen discrepancias, nadie defiende que la resolución de pleno derecho opera de forma automática, una vez producido el incumplimiento —el comprador no se presenta a recoger las mercaderías en el plazo pactado—, sino que todos están de acuerdo en que se trata de una facultad puesta a disposición del vendedor, que si quiere que opere, tiene que hacerla valer<sup>8</sup>.

Precisamente porque se trata de un **remedio previsto en beneficio del vendedor**, la doctrina sostiene que es posible que renuncie a valerse de la resolución de pleno derecho<sup>9</sup>. Además, no siendo el artículo 1657

---

<sup>7</sup> GHESTIN ("Les obligations du vendeur", *La Convention de Vienne sur la vente internationale et les Incoterms. Actes du colloque des 1 et 2 décembre 1989*, dirigido por Jacques Ghestin e Yves Derains, París, pp. 83 a 114, p. 111) y AUDIT (*La vente internationale de marchandises*, p. 150) afirman que el art. 1657 CC francés prevé expresamente la facultad de resolución unilateral por parte del vendedor. Al igual que estos autores, BÉNABENT cita este precepto como supuesto excepcional en el que la ley permite al contratante insatisfecho una resolución unilateral, sin recurso previo a los tribunales (BÉNABENT, *Droit civil. Les obligations*, p. 182).

Aclarando su funcionamiento afirman STARCK-ROLAND-BOYER que "Il suffit que le créancier exprime la volonté de l'obtenir pour que le contrat soit résolu. Il est inutile de le faire pronocer par le juge" (STARCK/ROLAND/BOYER, *Obligations*, II, *Contrat*, 5ª ed., p. 697).

<sup>8</sup> MARTY/RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, I, 2ª ed., p. 346. Y en el mismo sentido, aunque refiriéndose a las cláusulas resolutorias expresas en las que se pacta que la resolución tendrá lugar "de plein droit et sans sommation" ya afirmaron PLANIOL y RIPERT que "En toute hypothèse, et même en présence des dernières clauses, la résolution n'est pas automatique, en ce sens que la partie inexécutante ne peut les invoquer et faire jouer la résolution même si l'autre voulait encore obtenir l'exécution"; además, añaden, es posible que aquel frente al cual se pretende la resolución de pleno derecho invoque que su incumplimiento proviene de un hecho del acreedor (PLANIOL y RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, VI, *Les obligations*, p. 605).

Citando a un autor más reciente, PAULIN (*La clause résolutoire*) insiste en el hecho de que resolución de pleno derecho no supone resolución automática, sino que necesita la manifestación de voluntad del acreedor (p. 12), pleno derecho significa que no requiere que la pronuncie el juez (p. 153).

<sup>9</sup> GHESTIN y DESCHÉ admiten que esta renuncia sea tácita, siempre que sea cierta, aunque aclaran que la renuncia nunca se presumirá y respecto de ella afirman: "Elle ne saurait cependant se présumer et c'est ainsi qu'une arrêt a approuvé les juges du fond d'avoir décidé que le vendeur d'une coupe de bois qui avait laissé l'exploitation se poursuivre après le délai fixé pour le retirement n'avait pas renoncé à invoquer la résiliation de plein droit de la vente pour défaut de réalisation totale de cette exploitation au terme fixé. Mais la Cour de cassation a, en revanche, jugé que la renonciation du vendeur à la résolution automatique de la vente était suffisamment caractérisée par l'octroi à l'acquéreur de prorogations de délais pour effectuer l'exploitation des coupes" (*Traité des contrats. La vente*, p. 1109).

CC francés un precepto de orden público, las partes pueden descartarlo y someterse al régimen del artículo 1184 CC francés<sup>10</sup>.

[296] El artículo 1657 CC francés presenta otras especialidades importantes. El hecho de que la resolución tenga lugar sin intervención judicial, lleva a que el comprador se vea privado de la posibilidad de obtener un plazo de gracia que sí que está previsto en el artículo 1184 CC francés, e incluso que se vea privado de la ventaja de poder cumplir el contrato en tanto no haya sido puesto en mora por el vendedor<sup>11</sup>.

### 3. Justificación de la resolución de pleno derecho

[297] La doctrina francesa encuentra la explicación a esta derogación de la norma general en materia de resolución, en el hecho de que el legislador ha querido, en estos casos, liberar rápidamente al vendedor. Se afirma que en el contrato de compraventa de mercaderías es necesaria una resolución de este tipo porque, en el comercio, no es posible esperar a que el comprador decida ir a recogerlas, sobretodo, teniendo en cuenta que normalmente se trata de ventas de poca importancia o de mercaderías perecederas; a lo que se añade el hecho de que el vendedor puede tener necesidad de disponer de los almacenes para guardar nuevas mercancías<sup>12</sup>.

La exigencia de una declaración judicial de resolución, con el transcurso de tiempo que ello supone, puede resultarle al vendedor

<sup>10</sup> GHESTIN y DESCHÉ, *Traité des contrats. La vente*, p. 1108.

<sup>11</sup> MAZEAUD/MAZEAUD, *Leçons de Droit civil*, II, 8ª ed., p. 1157.

<sup>12</sup> STARCK/ROLAND/BOYER, *Obligations*, II, *Contrat*, p. 697; TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 5ª ed., p. 480; y en los mismos términos, con anterioridad, WEILL, A., y TERRÉ, F., (WEILL y TERRÉ, *Droit civil. Les Obligations*, 4ª ed., París, 1986, p. 510).

Sin embargo, TREITEL, apunta que estas justificaciones chocan con la realidad, pues en la práctica los vendedores raramente ejercitan el derecho a la resolución perentoria que les ofrece este



especialmente gravosa, por eso, en estos supuestos, se le otorga la facultad de invocar la resolución, sin ningún tipo de formalidad<sup>13</sup>. Desde el momento en que el vendedor manifiesta su voluntad de dar por resuelto el contrato, recupera la libre disposición de los bienes, y por tanto puede proceder, si así lo desea, a su reventa<sup>14</sup>.

#### B. LA RESOLUCIÓN DI DIRITTO EN EL ARTÍCULO 1517 CC ITALIANO

[298] El Código civil italiano de 1942 también establece una resolución «especial» en la **compraventa de bienes muebles**. El artículo 1517 CC italiano se refiere a una *risoluzione di diritto*:

“(1) *La risoluzione ha luogo di diritto a favore del contraente che, prima della scadenza del termine stabilito, abbia offerto all'altro, nelle forme di uso, la consegna della cosa o il pagamento del prezzo, se l'altra parte non adempie la propria obbligazione.*

(2) *La risoluzione di diritto ha luogo pure a favore del venditore, se, alla scadenza del termine stabilito per la consegna, il compratore, la cui obbligazione di pagare il prezzo non sia scaduta, non si presenta per ricevere la cosa preventivamente offerta ovvero non l'accetta.*

---

precepto, según este autor, los vendedores normalmente amenazan con resolver, aunque definitivamente no resuelven (*Remedies for Breach of Contract*, p. 326).

<sup>13</sup> CASSIN afirma que en este precepto es el legislador el que con una finalidad de celeridad, y en un caso no dudoso, dispensa al contratante, víctima del incumplimiento de la otra parte, de recurrir a la justicia y le autoriza a invocar la resolución de pleno derecho, si así lo desea (CASSIN R., “Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution”, *Revue Trimestrelle de Droit civil*, 1945, pp. 159 a 180, p. 178). BÉNABENT pone de manifiesto que el hecho de que no sea necesaria una acción judicial, suprime además el *alea* inherente al poder de apreciación del juez (*Droit civil. Les obligations*, p. 184). Todo ello lleva a GHESTIN Y DESCHÉ a afirmar que “la faculté d'invoquer la résolution de la vente constitue pour le vendeur un *droit absolu*, et ce sans qu'il soit besoin d'aucune formalité” (*Traité des contrats. La vente*, p. 1109).

<sup>14</sup> Afirman GHESTIN y DESCHÉ que los intereses del vendedor estarían comprometidos si tiene que esperar a que se dicte una decisión judicial por eso la ley le permite resolver a la expiración del término, recuperando la libre disposición de las mercaderías (*Traité des contrats. La vente*, p. 1107; y en el mismo sentido en GHESTIN y BILLIAU, *Les obligations. Les effets du contrat en Traité de Droit civil*, pp. 431 y 432).

TREITEL señala que con esta solución, se permite al vendedor tomar medidas rápidamente para salvaguardar sus intereses (*Remedies for Breach of Contract*, pp. 325 y 326).

(3) *Il contraente che intende valersi della risoluzione desposta dal presente articolo deve darne comunicazione all'altra parte entro otto giorni dalla scadenza del termine; in mancanza di tale comunicazione, si osservano le disposizioni generali sulla risoluzione per inadempimento*".

### 1. Presupuestos para la resolución de pleno derecho

[299] La primera nota a destacar del precepto mencionado es que en su primer apartado establece una resolución *di diritto*, a favor del **comprador** y del **vendedor**. Ello difiere en cierta medida de lo contemplado tanto en el Derecho francés como en el español, en los que la resolución de pleno derecho sólo se reconoce a favor del vendedor.

El artículo 1517.1 CC italiano concede una **resolución de pleno derecho a favor del contratante que, antes del vencimiento del plazo pactado, hubiera ofrecido a la otra parte la entrega de la cosa o el pago del precio, en el caso de que la otra parte no cumpla su obligación**. Se refiere en este caso a lo que tradicionalmente se consideran obligaciones principales del contrato de compraventa: la obligación del vendedor de entrega de la cosa y la obligación del comprador de pago del precio

A continuación, el **segundo párrafo** del artículo 1517 CC italiano prevé una **resolución de pleno derecho a favor del vendedor** cuando transcurrido el tiempo establecido para la entrega, el **comprador**, cuya obligación de pago del precio no se ha cumplido, **no se presenta a recibir la cosa o bien no la acepta**.

## 2. Funcionamiento de la resolución de pleno derecho

[300] El tercer párrafo del artículo 1517 CC italiano nos describe el régimen de esta resolución de pleno derecho. Conforme a lo previsto en dicho precepto, cuando se den los presupuestos para la resolución de pleno derecho, el perjudicado por el incumplimiento que quiera valerse de la misma tiene que **comunicárselo a la otra parte al día siguiente del vencimiento del plazo**.

En el caso de que no se lleve a efecto esta comunicación, se observarán las disposiciones generales relativas a la resolución por incumplimiento. La aplicación de estas disposiciones generales, supone que el acreedor que quiera resolver el contrato por incumplimiento tiene que presentar una demanda solicitando la resolución judicial (art. 1453 CC italiano), o bien, si prefiere la vía extrajudicial, tiene que instar al deudor para que cumpla, otorgándole un plazo mínimo de quince días para ello, apercibiéndole de que transcurrido dicho plazo sin que cumpla, el contrato se entenderá sin más resuelto; según el Código civil, “transcurrido el término sin que se haya cumplido el contrato, éste quedará resuelto de pleno derecho”<sup>15</sup>.

[301] El reconocimiento de una resolución de pleno derecho en este supuesto de compraventa de bienes muebles implica que ésta tiene lugar por la **notificación del acreedor de su voluntad de resolver**; mientras que la regla general es la resolución judicial o bien la resolución tras la concesión al deudor de un plazo mínimo de quince días para cumplir.

Debido al carácter excepcional que tiene esta resolución mediante declaración del acreedor prevista en el artículo 1517 CC italiano, **sólo se**

---

<sup>15</sup> Artículo 1454 CC italiano *in fine*.

permite un ejercicio inmediato de la misma<sup>16</sup> —al día siguiente del transcurso el plazo—, en otro caso, el acreedor que no quiera mantener el contrato, deberá seguir el camino previsto con carácter general para la facultad resolutoria.

### **C. LA RESOLUCIÓN IPSO FACTO EN LA LEY UNIFORME DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE 1964**

[302] En la elaboración de los textos que finalmente constituirían la Ley Uniforme de Compraventa Internacional (*ULIS*), desde un primer momento, se rechazó el establecimiento, con carácter general, de una **resolución ipso facto** que permitiera al incumplidor recuperar automáticamente su libertad, incluso en contra de la intención del contratante inocente; igualmente, se rechazó una resolución *judicial* que, aunque sería conforme con la tradición de determinados países, sería contraria a la práctica de los negocios<sup>17</sup>. Los redactores de la *ULIS* se decantaron por adoptar como regla general, la **resolución mediante simple declaración del acreedor**.

Junto a la resolución por simple declaración, se reconoció, de forma excepcional, una **resolución ipso facto** que resulta de aplicación en determinados casos en los que se consideró que el reconocimiento de una resolución de este tipo no sería perjudicial para el contratante inocente. Estos casos de resolución *ipso facto* están regulados en los **artículos 25 y 61 ULIS** (ya tuvimos ocasión de estudiar los **arts. 26 y 62 ULIS** que también prevén una resolución especial en los casos de término esencial).

---

<sup>16</sup> Curiosamente en caso de término esencial, se prevé que el acreedor que a pesar del incumplimiento opta por mantener el contrato, debe comunicar inmediatamente su decisión de exigir el cumplimiento, de no hacerlo el contrato quedará resuelto.

## 1. Presupuestos para la resolución *ipso facto*

[303] Según el **artículo 25 ULIS**, el comprador no tiene derecho a exigir la ejecución del contrato cuando el vendedor no ha cumplido su **obligación de entrega en el lugar o en la fecha prevista** y es razonablemente posible y conforme a los usos, una compraventa de reemplazo<sup>18</sup>. En ese caso se produce una resolución *ipso facto* del contrato.

Por su parte, el **artículo 61.2 ULIS** establece que en el supuesto de que el comprador **no se presente a realizar el pago**, si resulta razonablemente posible y conforme a los usos una reventa por el vendedor de la cosa objeto del contrato, el vendedor no podrá exigir el cumplimiento y el contrato quedará resuelto *ipso facto*<sup>19</sup>.

Es importante resaltar el hecho de que, en ambos casos, junto al incumplimiento del comprador o del vendedor, se exige que sea **razonable una compraventa de reemplazo**. A favor de esta resolución *ipso facto*, se dijo que la misma coincide con la práctica comercial en ciertos contratos de compraventa en los que existen rápidas fluctuaciones del precio<sup>20</sup>. Y, aunque se afirmó que constituían casos excepcionales, el propio Honnold puso de relieve que en la moderna práctica comercial estas transacciones apenas constituyen casos excepcionales, de tal forma

---

<sup>17</sup> Puede verse el texto literal en HONNOLD, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, p. 90.

<sup>18</sup> Artículo 25 ULIS: "The buyer shall not be entitled to require performance of the contract by the seller, if it is in conformity with usage and reasonably possible for the buyer to purchase goods to replace those to which the contract relates. In this case the contract shall be *ipso facto* avoided as from the time when such purchase should be affected."

<sup>19</sup> Artículo 61.2 ULIS: "The seller shall not be entitled to require payment of the price by the buyer if it is in conformity with usage and reasonably possible for the seller to resell the goods. In that case the contract shall be *ipso facto* avoided as from the time when such resale should be effected."

<sup>20</sup> Así, recoge HONNOLD cómo André Tunc, comentando el artículo 25, afirma: "is in fact the rule to be derived from usages" y que comentarios similares se hicieron por la Comisión que preparó la Convención de la Haya de 1964. "The Commission held that it was important not to allow the buyer to remain waiting, while he watched price fluctuations before making his election known" (*Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, p. 85).

que la resolución *ipso facto* vendría a tener un alcance más amplio al inicialmente previsto<sup>21</sup>.

[304] La resolución prevista en los artículos 25 y 61 *ULIS* presenta otra característica importante. En ambos casos, la resolución opera **al margen de la entidad del incumplimiento**, sólo se exige que llegado el momento de cumplir no se haya cumplido y que una compraventa de reemplazo sea posible; por el contrario, con carácter general, en el ámbito de la Ley Uniforme de Compraventa, el recurso al remedio resolutorio sólo es posible cuando nos encontremos ante un incumplimiento esencial.

## 2. Funcionamiento de la resolución *ipso facto*

[305] La resolución *ipso facto* prevista en la *ULIS* opera de forma automática<sup>22</sup>. Esto significa que, en el momento en el que se da el supuesto de hecho previsto en los artículos 25 y 61 *ULIS*, se pone fin al contrato **automáticamente, por mandato de la ley**<sup>23</sup>, al margen de la voluntad de las partes.

---

<sup>21</sup> HONNOLD, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, p. 90.

<sup>22</sup> Por lo que respecta a la terminología empleada, la referencia a una "*ipso facto avoidance*" fue objeto de críticas, afirmándose que se trataba de un término abstracto y confuso. Se puso de manifiesto la dificultad de su traducción, en concreto el hecho de que en numerosos Derechos nacionales, la expresión no venía a significar una resolución automática, sin necesidad de declaración, sino que en estos supuestos la resolución tiene lugar por simple declaración del acreedor, sin necesidad de recurrir a los tribunales. Se propusieron a cambio varias expresiones: "*shall be considered as cancelled*", "*ipso jure avoidance*", "*automatic cancellation*" y "*automatic avoidance*" (HONNOLD, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, p. 86).

### 3. Críticas a la resolución *ipso facto*

[306] La resolución *ipso facto* prevista en estos artículos, fue objeto de crítica desde muy temprano<sup>24</sup> y existieron voces que abogaron por su supresión<sup>25</sup>.

Entre otros motivos, se alegó que este tipo de resolución daba lugar a una considerable **incertidumbre**. Se observó que esta figura produciría en algunos casos confusión e imprecisión respecto de las relaciones entre las partes y los derechos y deberes de las mismas en cada momento, lo que supondría que finalmente resultaría necesaria una declaración de resolución.

Se señaló que si bien la resolución *ipso facto* prevista en el artículo 25 *ULIS* parece justa y razonable en mercancías cuyos precios sufren una rápida fluctuación, no sucede lo mismo en el caso de productos industriales en los que el precio tiende a ser más estable<sup>26</sup>.

Además, se puso de relieve la posibilidad de que la resolución *ipso facto* prevista en el artículo 25 *ULIS* fuese nociva para el comprador (perjudicado por el incumplimiento), pues, bien entendida, supone que a éste se le niega la posibilidad de forzar al vendedor (incumplidor) a entregarle los bienes, cuando pueda adquirirlos en el mercado; y, por otro lado, resulta que el comprador no necesita comunicarle al vendedor

---

<sup>23</sup> "(*Ipso facto* avoidance does not depend on the will of any of the parties but occurs automatically by virtue of the law" (HONNOLD, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, p. 84).

<sup>24</sup> En la propia Conferencia de la Haya ya hubo intentos de eliminar la resolución *ipso facto*, pero este concepto formaba parte esencial de la estructura del proyecto de manera que no fueron posibles los cambios necesarios (HONNOLD, J., *Uniform Law for International Sales. Under the 1980 United Nations Conventions*, 2ª ed. (1ª ed. 1982), Deventer/Holana, Amberes- Boston- Londres- Fracfort, 1987, p. 217).

<sup>25</sup> Siguiendo la exposición de HONNOLD al respecto (*Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, p. 85).

<sup>26</sup> SCHLECHTRIEM estima que lo realmente importante desde el punto de vista práctico para optar entre una forma u otra de regular la resolución, es la operatividad del *ius variandi* del perjudicado por el incumplimiento, y el plazo durante el cuál él puede elegir entre los distintos remedios. Y, aunque es cierto que, en caso de resolución *ipso facto*, no hay lugar a que el perjudicado por el incumplimiento especule a costa del incumplidor, y la resolución opera en una fecha concreta y perfectamente identificable, considera que las ventajas de la resolución *ipso facto* frente a la resolución por declaración del perjudicado son menores, si no inexistentes ("Termination of contracts under the Principles", p. 253).

que rechazará la entrega de los bienes, de tal manera que éste desconoce si ha de proceder a su reventa o a su reenvío, aspecto especialmente importante si se tiene en cuenta que las compraventas internacionales normalmente implican un envío o transporte de las mercaderías. Puede darse el caso en el que el vendedor efectúe un envío innecesario por haber tenido ya lugar la resolución (las mismas objeciones son trasladables al artículo 61 *ULIS* respecto del vendedor)<sup>27</sup>.

Estas observaciones llevaron a que en el futuro se optara por prescindir de la figura de la resolución *ipso facto*, pues se comprobó que todos estos inconvenientes quedarían resueltos si se exigiese una declaración de resolución por parte del perjudicado por el incumplimiento<sup>28</sup>.

#### **D. BREVE ESTUDIO COMPARATIVO DE LAS RESOLUCIONES «ESPECIALES»**

[307] Las resoluciones «especiales» que acabamos de describir se caracterizan porque todas ellas buscan una salida rápida cuando en el marco de un contrato de compraventa de bienes muebles, ninguna de las partes ha realizado su prestación.

Sin embargo, la diferencia entre la resolución *ipso facto* prevista en la *ULIS* y la resolución de pleno derecho regulada en ordenamientos como el francés y el italiano es evidente. Mientras que la resolución *ipso facto* de la *ULIS* opera al margen de la voluntad del acreedor incluso en

---

<sup>27</sup> En tal sentido muestra AUDIT respecto del sistema establecido en la *ULIS* que “À l’usage, il était apparu que ce système était source de confusion et d’incertitudes entre les parties; or le débiteur a besoin de savoir de façon certaine, le cas échéant, que le créancier considère le contrat comme résolu; ainsi le vendeur pour interrompre une fabrication, ne pas expédier les marchandises, faire le nécessaire pour les écouler” (AUDIT, *La vente internationale de marchandises*, pp. 131 y 132).

Posteriormente, SCHLECHTRIEM ha insistido en que en la aplicación de una *ipso facto avoidance*, puede existir incertidumbre en cuanto a la concurrencia de los requisitos para su aplicación. Dicha incertidumbre sólo quedará resuelta con una sentencia judicial que se pronuncie al respecto (“Termination of contracts under the Principles”, p. 253).

<sup>28</sup> HONNOLD, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, p. 90.



contra de ella, la resolución *de pleno derecho* de los ordenamientos francés e italiano se caracteriza porque tiene lugar por simple declaración unilateral del acreedor, en contraposición a la resolución por obra de los tribunales<sup>29</sup>. Ello nos permite concluir que, con excepción de la *ULIS*, en los demás casos, la resolución tiene lugar cuando el acreedor se lo comunica al deudor incumplidor (en la *ULIS* la regla general es la resolución mediante declaración del acreedor).

La razón para esta disparidad en cuanto a la forma de operar la resolución, la podemos encontrar en la finalidad que en uno y otro caso se persigue. Mientras que la resolución de pleno de derecho prevista en los Códigos civiles francés e italiano tiene un carácter marcadamente protector del contratante que sufre el incumplimiento —facilitándole la desvinculación—, en el caso de la resolución *ipso facto* prevista en la *ULIS* tiende a evitar, principalmente, que el acreedor que sufre el incumplimiento especule a costa del incumplidor.

## II. SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA RESOLUCIÓN PREVISTA EN EL ARTÍCULO 1505 CC

[308] En el Código civil español, junto a la resolución por incumplimiento prevista con carácter general en el artículo 1124 CC, se prevé, en el artículo 1505 CC, para determinado tipo de compraventas, una resolución de pleno derecho. Dicha resolución tiene un carácter excepcional respecto a la resolución del artículo 1124 CC. Veamos en qué consiste su carácter excepcional. Para ello vamos a determinar en primer lugar cuándo y cómo opera la resolución de pleno derecho del artículo 1505 CC.

---

<sup>29</sup> HONNOLD, *Documentary History of the Uniform Law for International Sales*, p. 86.

[309] Ya hemos apuntado que nuestro Código civil se limita a declarar que la resolución “tendrá lugar de pleno derecho” sin especificar su contenido; por esta razón, resultan especialmente importantes las interpretaciones que de la misma han hecho la doctrina y la jurisprudencia. Aunque debemos reconocer que el artículo 1505 CC no ha sido objeto de especial interés por parte de la doctrina<sup>30</sup>, y la jurisprudencia en torno a este precepto es muy escasa<sup>31</sup>.

#### A. PRESUPUESTOS PARA LA RESOLUCIÓN DE PLENO DERECHO

[310] El artículo 1505 CC establece una resolución del pleno derecho **en interés del vendedor** cuando se reúnan determinados presupuestos<sup>32</sup>.

En primer lugar, que nos encontremos ante un contrato de **compraventa de bienes muebles**<sup>33</sup>.

En segundo lugar, que **no se haya producido la entrega**, porque si el vendedor ha efectuado la entrega de los bienes, el incumplimiento del comprador le permite valerse de la facultad resolutoria del artículo 1124 CC pero no de la resolución de pleno derecho del artículo 1505 CC<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> GARCÍA CANTERO, *Comentario al Código civil y compilaciones forales*, “Artículos 1445 a 1541 del CC”, 2ª ed., p. 472.

<sup>31</sup> Así lo pone de relieve MARTÍNEZ SANCHÍZ, J.A., “Artículo 1505”, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, II, 2ª ed., Madrid, 1993, pp. 987-988. En concreto, apenas existe una docena de sentencias en las que se planteen cuestiones relacionadas con el artículo 1505 CC.

<sup>32</sup> Así lo ha puesto de manifiesto recientemente, GONZÁLEZ POVEDA (“Artículo 1.505”, *Comentario del Código civil*, 7, “Arts. 1315 al 1789”, pp. 455 a 456, p. 455).

<sup>33</sup> No parece haber discusión doctrinal acerca de la aplicación del artículo 1505 CC a todo tipo de bienes muebles (SCÆVOLA, *Código civil*, XXIII, p. 738; BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, II, 3ª ed., Barcelona, 1995, p. 843; GARCÍA CANTERO, “Artículos 1445 a 1541 del CC” en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIX, 2ª ed., pp. 476 a 477).

<sup>34</sup> La exigencia de este presupuesto para la aplicación de la resolución de pleno derecho ya fue puesta de relieve por GARCÍA GOYENA en el marco del artículo 1434 del Proyecto de 1851 (*Concordancias*, p. 760), fue mantenida por MANRESA, J.M., (*Comentarios al Código civil español*, X, 4ª ed., Madrid, 1931, p. 266); y actualmente se sigue defendiendo; así, GONZÁLEZ POVEDA (“Artículo 1.505”, *Comentario del Código civil*, coordinado por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, 7, “Arts. 1315 al 1789”,

En tercer lugar, que las partes hayan establecido un **plazo para la entrega y pago simultáneo del precio**<sup>35</sup> y que el comprador no haya realizado dentro de él la conducta que le corresponde para que se produzca la entrega efectiva<sup>36</sup> o bien no haya ofrecido el precio pactado<sup>37</sup>.

[311] Quizá lo más destacable de los presupuestos de la resolución de pleno derecho es que, al igual que en el Código civil francés, se contempla únicamente a favor del vendedor. Sin embargo, el supuesto que abarca el artículo 1505 CC es más amplio pues incluye no sólo la falta de comparecencia del comprador a retirar las mercaderías, sino

---

Barcelona, 2000, p. 455), GARCÍA CANTERO ("Artículos 1445 a 1541 del CC" en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIX, 2ª ed., pp. 476-477), LACRUZ (*Elementos de Derecho civil*, II, vol. 2º, 2ª ed., "Contratos en particular", § 83, núm. 400).

<sup>35</sup> Sobre la necesidad de que se haya fijado un plazo para el cumplimiento se pronuncia SCÆVOLA, (*Código civil*, XXIII, p. 740) alegando que la venta sin señalamiento de plazo es una venta pura en la que, consecuentemente, nace desde ese momento la obligación de entrega y si el comprador no ofrece al mismo tiempo el precio (y éste no ha sido aplazado) se aplica el artículo 1505 CC; además la existencia del plazo determinado puede venir no sólo del pacto de las partes o de la ley sino también de la costumbre (a lo que GARCÍA CANTERO añade la posibilidad de la fijación judicial del plazo de cumplimiento; "Artículos 1445 a 1541 del CC" en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIX, 2ª ed., pp. 476-477).

Respecto de este requisito ha jugado un papel fundamental la STS de 29 de abril de 1947 que es citada por toda la doctrina pues deniega la aplicación del artículo 1505 CC y de la resolución en él prevista por no constar que se hubiese señalado plazo alguno por los interesados (así se refiere a ella, BORRELL Y SOLER, A.M., *El contrato de compraventa según el Código civil español*, II, 3ª ed., Barcelona, 1995, p. 843; GARCÍA CANTERO, "Artículos 1445 a 1541 del CC" en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIX, 2ª ed., pp. 476 a 477; MARTÍNEZ SANCHIZ, "Artículo 1505", p. 987).

<sup>36</sup> Consideramos que al igual que sucede en el ámbito de la resolución general prevista en el art. 1124 CC, en la resolución prevista en el artículo 1505 CC no es requisito la imputabilidad del incumplimiento al deudor (en este punto nos remitimos a las afirmaciones vertidas con ocasión del art. 1124 CC; *supra* [—]) que son directamente trasladables a la resolución prevista en el art. 1505 CC).

Por lo que respecta a la doctrina, aunque no se suelen detener en este aspecto, cabe citar, a favor de la exigencia de un incumplimiento culpable a GARCÍA GOYENA, quien en el ámbito de la resolución general se refiere al incumplidor doloso o culpable, y en el ámbito de la resolución de la compraventa de bienes muebles, se refiere al comprador culpable (*Concordancias*, pp. 561 y 760 respectivamente). Sin embargo, GARCÍA CANTERO sostiene que predomina en la doctrina la opinión de que resulta indiferente que se deba a la culpa del comprador o a causas objetivas, con tal de que no proceda de hecho propio del vendedor la causa de la falta de presentación del comprador ("Artículos 1445 a 1541 del CC" en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIX, 2ª ed., pp. 476 a 477).

<sup>37</sup> GARCÍA CANTERO, "Artículos 1445 a 1541 del CC" en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIX, 2ª ed., pp. 476-477; BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, tomo II, 3ª ed., Barcelona, 1995, p. 843; GONZÁLEZ POVEDA ("Artículo 1.505", *Comentario del Código civil*, 7, "Arts. 1315 al 1789", p. 455; Díez-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, II, 8ª ed., reimpresión, Madrid, 2000, p. 285; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, 2ª ed., "Contratos en particular" § 83, núm. 400).

también la falta de pago del precio. Además, ambos preceptos permiten la resolución de pleno derecho siempre y cuando, el vendedor no hubiese cumplido su obligación de entrega, pues en este caso no se plantean inconvenientes de restituciones derivadas de la resolución (en este requisito parecen coincidir el Código civil italiano y la *ULIS*).

En la mayoría de las ocasiones en las que el TS se ha tenido que pronunciar sobre el artículo 1505 CC y su aplicación, dicho Tribunal ha considerado que en el caso concreto no concurrían los presupuestos necesarios para su aplicación<sup>38</sup>.

## **B. EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DE PLENO DERECHO EN INTERÉS DEL VENDEDOR**

[312] El hecho de que la resolución de pleno derecho prevista en el artículo 1505 CC lo sea en **interés del vendedor** lleva aparejada una serie de consecuencias que han sido puestas de relieve por la doctrina y por la jurisprudencia.

### **1. El comprador-incumplidor no puede invocar la resolución de pleno derecho**

[313] La primera consecuencia que se deriva de que la resolución prevista en el artículo 1505 CC lo sea en interés del vendedor es que el

---

<sup>38</sup> Además de las Sentencias que citaremos en este epígrafe, el resto de las sentencias que contienen algún pronunciamiento respecto al artículo 1505 CC deniegan la aplicación del artículo 1505 CC al caso porque falta alguno de sus presupuestos. Así la STS de 28 de junio de 1968 (ED 1968/541; Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Cantos Guerreiro) estima que no es correcto aplicar el art. 1505 CC cuando el vendedor ha incumplido la obligación de entrega de la totalidad de la mercancía (FD 1º); la STS de 15 de abril de 1975 (ED 1975/364; Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Gimeno Fernández) deniega la aplicación del artículo 1505 porque considera que no concurre ninguna de las circunstancias que dicho precepto señala para la resolución del vendedor, quién, además, incumplió su obligación de entrega de la mercancía (FD 1º); y, por último, la STS de 2 de enero de 1980 (ED 1980/1098; Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel González-

**comprador-incumplidor no puede invocar dicha resolución en su propio beneficio** (basándose en su propio incumplimiento).

Para justificar esta solución la doctrina más antigua alegó que no puede quedar al arbitrio de la parte incumplidora deshacer el contrato<sup>39</sup>; también puso de manifiesto que, puesto que nos encontramos ante una resolución de pleno derecho en interés del vendedor, “no se trata de una facultad que el comprador puede hacer uso a su arbitrio, ni directa ni indirectamente”<sup>40</sup>.

Sin embargo, basta la calificación de **remedio** que hoy se predica respecto de la resolución por incumplimiento, en todas sus manifestaciones, para afirmar que no puede ser invocada por el deudor. La resolución de pleno derecho del artículo 1505 CC —al igual que la prevista con carácter general en el artículo 1124 CC— es una facultad del acreedor y como tal, el vendedor perjudicado por el incumplimiento del comprador (que no se presenta a recibir las mercaderías, o presentándose no ofrece el precio), es el único legitimado para hacerla valer<sup>41</sup>.

---

Alegre y Bernardo) declara la improcedencia de la aplicación del artículo 1505 CC porque existe un incumplimiento recíproco (FD 6º).

<sup>39</sup> Así lo afirmó claramente GARCÍA GOYENA respecto de la resolución por incumplimiento prevista con carácter general en el artículo 1042 del Proyecto de Código civil de 1851 (equivalente al actual art. 1124 CC) y que considera trasladable a los demás casos de resolución por incumplimiento previsto en el Proyecto, en concreto, a los arts. 1433 y 1435 Proyecto CC 1851, (equivalentes a los actuales arts. 1504 y 1505 CC). Si bien no hay que olvidar que este autor parte de una noción de incumplimiento “culpable” y por eso se expresa en los siguientes términos al comentar el art. 1042 del Proyecto: “no puede quedar al arbitrio de la parte dolosa o culpable deshacer el contrato” (*Concordancias*, p. 561) y en el marco del artículo 1434 insiste en que “el comprador no puede mejorar su condición por su culpa o su mora” (en el sentido de decidir la suerte del contrato, y en concreto, desligarse por el mero hecho de no cumplir), (*Concordancias*, p. 760).

<sup>40</sup> SCAEVOLA, Q.M., *Código civil concordado y comentado extensamente*, XXIII, “Artículos 1445 a 1541”, 1ª ed., Madrid, 1906, p. 739.

<sup>41</sup> Se refieren a la resolución del artículo 1505 CC como “facultad”, GARCÍA CANTERO, “Artículos 1445 a 1541 del CC” en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIX, 2ª ed., p. 477; MARTÍNEZ SANCHIZ, “Artículo 1505”, *Comentario del Código civil*, 2ª ed., p. 988; GONZÁLEZ POVEDA, “Artículo 1505”, en *Comentario del Código civil*, 7, pp. 455 y 456, p. 455; y como “derecho potestativo”, LACRUZ, *Elementos*, II, vol. 2º, § 83, núm. 400; Díez-PICAZO/GULLÓN, (*Sistema*, II, 8ª ed., 2000, p. 285); y últimamente NAVARRETE CANO, M.R., (*La obligación de guarda del vendedor*, Valencia, 2003, pp. 128, 130-131).

[314] La jurisprudencia se ha pronunciado sobre este aspecto, corroborando lo que acabamos de apuntar.

Especialmente interesante es la STS de 24 de abril de 1956 que resuelve un caso en el que el comprador, ante su propio incumplimiento (no se presenta a recoger el vino en el plazo señalado), pretende que opere la resolución prevista en el artículo 1505 CC. El Tribunal Supremo le responde que tratándose de una resolución en interés del vendedor, permitirle al comprador hacerla valer, sería tanto como dejar al arbitrio del comprador responsable de incumplimiento de lo pactado el mismo cumplimiento del contrato.

## 2. El vendedor puede optar por exigir el cumplimiento del contrato

[315] La segunda consecuencia que se anuda al hecho de que la resolución de pleno derecho esté prevista en interés del vendedor, es que éste es libre de optar entre la resolución o el cumplimiento del contrato<sup>42</sup>. Como señala Manresa, el hecho de que la resolución que concede este precepto lo sea en interés del vendedor significa que éste no puede verse privado del derecho a exigir el cumplimiento del contrato<sup>43</sup> (la pretensión de cumplimiento en estos casos, se rige por lo límites generales).

<sup>42</sup> Así lo afirmaba ya GARCÍA GOYENA respecto del artículo 1434 del Proyecto de Código civil de 1851 (*Concordancias*, p. 760).

<sup>43</sup> MANRESA Y NAVARRO, J.M., (*Comentarios al Código civil español*, X, 4ª ed., Madrid, 1931, p. 266); en términos parecidos se expresa GARCÍA CANTERO, ("Artículos 1445 a 1541 del CC" en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIX, 2ª ed., pp. 477-478); y MIQUEL CALATAYUD, J.A., ("Consideraciones sobre el impago del precio en la compra-venta", *R.C.D.I.*, 1985, núm. 571, LVIII, pp. 1499 a 1540), afirma que el hecho de que la resolución prevista en el artículo 1505 lo sea en "interés del vendedor", le permite escoger la otra posible alternativa, es decir, la del cumplimiento forzoso mediante el ejercicio de la *actio venditi* (p. 1524). Recientemente, NAVARRETE CANO contempla —junto a la elección entre exigir el cumplimiento o interesar la resolución— la posibilidad de que el vendedor adopte una actitud pasiva, y demandado de cumplimiento por el comprador que no ha ejecutado su prestación, se oponga a esa pretensión apelando a la excepción de contrato no cumplido hasta que el comprador-demandante no cumpla su obligación de pago del precio (*La obligación de guarda del vendedor*, pp.127).

[316] En este punto, también ha jugado un papel clave la sentencia del Tribunal Supremo de **24 de abril de 1956**<sup>44</sup>. Esta decisión jurisprudencial sirve de apoyo a nuestra doctrina para defender la opción del vendedor por el mantenimiento del contrato<sup>45</sup>. En concreto, el considerando primero de la sentencia resulta decisivo cuando declara: “aquella resolución contractual (se refiere a la resolución prevista en el art. 1505 CC) se declara en interés del vendedor, la cual atribuye a éste un **beneficio subjetivo** que puede aceptar o no según su personal conveniencia y que le **faculta para optar por el cumplimiento**, sin cuya condición podría resultar frustrado el interés que el propio precepto le reconoce, que dejaría al arbitrio del comprador responsable de incumplimiento de lo pactado el mismo cumplimiento del contrato, prohibido por la Ley, siendo por tanto correcta la conducta del vendedor que exige el cumplimiento...”

El caso resuelto por la sentencia se refiere a un contrato de compraventa de vino en el que el comprador no se presenta a retirar la totalidad del vino vendido en la fecha pactada. La sentencia de primera instancia estima la demanda presentada por el vendedor, declara que el contrato está en vigor, y condena al comprador al cumplimiento de dicho contrato y a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento. Dicha sentencia es confirmada por la Audiencia Territorial; el TS estima en parte el recurso de casación presentado por el comprador-demandado, confirma la sentencia en la parte que declara que el contrato está en vigor y que tiene que ser cumplido por la parte demandada que debe pagar el precio y, en lo demás, absuelve al demandado de otros extremos de la demanda. En el recurso de casación el comprador alegaba violación del artículo 1505 CC pretendiendo que se había producido la resolución de la venta por su propio incumplimiento al no haberse presentado a recoger el vino en la fecha pactada para ello.

[317] Por si existiera alguna duda acerca de la posibilidad que tiene el vendedor de optar por exigir el cumplimiento, Scævola pone de

<sup>44</sup> STS de 24 de abril de 1956 (R.A. 1945) Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Eyre Varela.

<sup>45</sup> BORRELL Y SOLER, *El contrato de compraventa*, II, 3ª ed., p. 844; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II, vol. 2º, 2ª ed., “Contratos en particular”, Barcelona, 1982, p. 208; BADENES GASSET, *El contrato de compraventa*, II, 3ª ed., p. 844; MARTÍNEZ SANCHIZ, “Artículo 1505”, p. 897; LACRUZ, *Elementos*, II, nueva ed. revisada y puesta al día, § 83, núm. 400.

manifiesto que, en el ámbito mercantil, el artículo 332 CCo permite al vendedor que se encuentra con que el comprador rehusa sin justa causa el recibo de las mercancías, optar entre la resolución y el cumplimiento<sup>46</sup>. Señala este autor, que en el ámbito civil, el artículo 1505 CC contempla esta posibilidad de resolver el contrato<sup>47</sup> aunque ampliándola a toda clase de bienes muebles.

[318] Existen un par de decisiones jurisprudenciales que ponen en contacto el artículo 332 CCo y el artículo 1505 CC. Por orden de antigüedad, la primera de ellas es la **STS de 28 de junio de 1978**<sup>48</sup>. En esta sentencia el TS desestima el recurso de casación presentado por la parte compradora que alega la vulneración de los artículos 1124 y 1505 CC. En concreto, el TS rechaza el motivo que invoca la doctrina jurisprudencial que exige una actuación reveladora de una voluntad rebelde al cumplimiento para que proceda la resolución por incumplimiento; para ello señala el TS que: “como consecuencia de lo prevenido en el artículo 61 del Código de Comercio por el que se ha propuesto suprimir los antiguos usos comerciales y evitar los términos dilatorios en general en las obligaciones mercantiles, no se reconocerán términos de gracia, cortesía u otros, que, bajo cualquiera denominación, difieran su cumplimiento, sino únicamente los que las partes hubieran prefijado en el contrato, o se apoyaren en una disposición terminante de derecho, no dada en el presente caso, toda vez que, como tiene reconocido esta Sala en sentencia de 25 de

---

<sup>46</sup> Artículo 332 CCo: “Si el comprador rehusare sin justa causa el recibo de los efectos comprados, podrá el vendedor pedir el cumplimiento o rescisión del contrato, depositando judicialmente en el primer caso las mercaderías.

El mismo depósito judicial podrá constituir el vendedor siempre que el comprador demore hacerse cargo de las mercaderías.

Los gastos que origine el depósito serán de cuenta de quien hubiere dado motivo para constituirlo”.

<sup>47</sup> SCÆVOLA, *Código civil Comentado y Concordado extensamente con arreglo a la edición oficial*, XXIII, “Artículos 1445 a 1541”, p. 738.

<sup>48</sup> STS de 28 de junio de 1978 (ED 1978/230; Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Fernández Rodríguez).



febrero de 1964, la naturaleza de los negocios de comercio, a los que preside el esencial ánimo de lucro, imprime un especial rigor en cuanto al tiempo que ha de tenerse en cuenta en cuanto a la ganancia propuesta, y si la legislación común establece, conforme a los artículos 1124 y 1505 del Código Civil, la facultad resolutoria del contrato para el caso de que uno de los contratantes no cumpliera lo que le incumbe, regulando el segundo de los citados preceptos, referido a bienes muebles, la resolución de pleno derecho en interés del vendedor, cuando el comprador, antes de vencer el término fijado para la entrega de la cosa, no se hubiere presentado a recibirla, resultaría paradójica y contraria a la Ley mercantil la especial facultad otorgada al comprador para mantener la eficacia del contrato, no obstante el incumplimiento por su parte respecto del plazo pactado y prorrogado para retirar la mercancía; y de otra parte, debido a que en el rehúse por el comprador, sin justa causa, de los efectos comprados, que es el supuesto ahora dado, no se precisa para accionar al vendedor en pretensión resolutoria contractual, el depósito judicial de las mercancías, toda vez que, a tenor del artículo 332 del tan citado Código de Comercio, tal depósito únicamente se determina preceptivo en el caso, que no es el presente, de que el vendedor pida el cumplimiento del contrato, y facultativo, por la expresión "podrá" que el legislador emplea, en dicho precepto legal, cuando el comprador demore hacerse cargo de las mercancías".

En el caso resuelto por la **STS de 31 de enero de 1985**<sup>49</sup> se había celebrado un contrato de compraventa de mil toneladas métricas de tricloroetileno. El contrato de compraventa no llegó a consumarse porque el comprador no dispuso de un buque para embarcar la mercancía dentro del plazo previsto. Transcurrida la fecha pactada sin que el comprador se presentara a recibir la mercancía, se procedió a su

<sup>49</sup> STS de 31 de enero de 1985 (ED 7131; Ponente: Excmo. Sr. D. José Beltrán de Heredia y Castaño).

retirada de los tanques en que estaba depositada. El comprador presenta recurso de casación contra la sentencia que desestima su pretensión de cumplimiento de contrato y estima la resolución por incumplimiento solicitada por la vendedora. Entre otros motivos, el comprador alega aplicación indebida del artículo 50 CCo en relación con el artículo 1505 CC y el artículo 332 CCo e inaplicación del artículo 1124 CC en relación con el mismo precepto del Código de Comercio. El TS desestima el motivo: “de acuerdo con la reiterada y uniforme doctrina, tanto jurisprudencial como científica, producida en la interpretación de la normativa invocada; siendo de observar que los preceptos del Código de Comercio relativos a la materia se caracterizan fundamentalmente por no distinguir los efectos jurídicos de la simple demora en la prestación y los de la falta absoluta de la prestación (...) pues en la vida mercantil el retraso en la ejecución equivale a falta de prestación, a consecuencia de la especialidad característica del Derecho Mercantil de proteger eficazmente el interés del vendedor a la liquidación rápida del contrato, cuando el comprador no cumple o no cumple oportunamente su obligación de hacerse cargo de la mercancía comprada; supuesto que es el aquí contemplado, en que el vendedor puede optar entre dos posibilidades: Primero.- en primer lugar, **ejercitar la facultad de rescindir el contrato** por virtud de la condición resolutoria implícita en los contratos bilaterales, regida por las normas del Derecho común, en relación con el artículo 50 del Código de Comercio, aplicando lo dispuesto en los artículos 1124 y 1505 del Código Civil, en armonía con la doctrina de este Tribunal Supremo, contenida, entre otras muchas, en las SSTS de 26 de enero de 1926, 28 de marzo de 1928, 25 de enero de 1929, 24 de octubre de 1941, 19 de marzo de 1949, 24 de enero de 1950 y 25 de febrero de

1964; Segundo.- en segundo término, **pedir el cumplimiento del contrato**, efectuando el depósito regulado en el artículo 332 del Código de Comercio. Y habiendo optado, en este caso, la Compañía vendedora (actual recurrida) por la primera solución, es a ella a la que hay que estar, pero no con la fórmula genérica aplicable en el Derecho común, a la que se refiere la Jurisprudencia citada en el recurso - rigurosa en la exigencia de una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento-, sino lógicamente atemperada a las ya mencionadas características propias del tráfico mercantil, como acertadamente entendió la Sentencia recurrida.”<sup>50</sup>

### C. FUNCIONAMIENTO DE LA RESOLUCIÓN DE PLENO DERECHO

[319] Nos queda por determinar cómo se articula la resolución en caso de que el vendedor se decante por este remedio.

Existe autorizada doctrina que parece abogar por una resolución automática, sin necesidad de manifestación de ningún tipo por parte del vendedor, de forma semejante a la resolución *ipso facto* de la ULIS. Nos referimos a **Montés Penadés** quien claramente afirma que el artículo 1505 “no exige declaración o manifestación alguna por parte del acreedor, y se produce en términos de total automaticidad la resolución”. Considera este autor que el sistema resolutorio de este precepto significa “la absoluta previsión de la conveniencia del vendedor”, que sólo deja de funcionar cuando se ha establecido un plazo mayor para el pago del precio<sup>51</sup>.

Sin embargo, predomina la opinión contraria que considera necesario que el vendedor **ejercite el remedio resolutorio** para que éste

<sup>50</sup> Fundamento de derecho tercero.

<sup>51</sup> MONTÉS PENADÉS, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XV, “Artículos 1.088 a 1.124 del Código Civil”, p. 1189.

produzca sus efectos<sup>52</sup>. Nosotros nos adherimos a esta opinión pues nos parece la más acorde con el significado de la resolución de pleno derecho prevista en el artículo 1505 CC. Es cierto que la doctrina no se ha detenido en aclarar este punto, pero las afirmaciones vertidas al respecto no dejan lugar a dudas. Así se ha dicho: que el vendedor “es libre de pedir la resolución”<sup>53</sup>; que dispone “del recurso de la resolución de la venta”<sup>54</sup>; que “puede optar por la declaración de resolución”<sup>55</sup>; que del hecho de que la resolución prevista en el artículo 1505 CC lo sea en interés del vendedor, “se deriva inexorablemente que la resolución convenida carece de efectos automáticos”, “se exige en todo caso, un acto volitivo procedente del vendedor a través del cual se exteriorice su rigurosa decisión de resolver”<sup>56</sup>; que la resolución es una “facultad suya a la que puede renunciar, o no ejercer”<sup>57</sup>; que el vendedor “puede ejercitarlo o no” (se refiere al derecho de resolución)<sup>58</sup>.

En el caso de que el vendedor no manifieste nada al respecto debemos entender que opta por mantener el contrato, pues no se presume

<sup>52</sup> Según afirma SCÆVOLA, en el supuesto contemplado en este precepto, “...el vendedor, desde el momento en que el contrato ha sido perfeccionado, tendrá derecho a que la cosa le sea recibida, y, en otro caso, podrá llevar á cabo la consignación en forma legal y exigir del comprador el pago del precio, si no prefiere gestionar su resolución, siendo procedente” (*Código civil Comentado y Concordado*, XXIII, p. 738). Y, por si había dudas acerca de la necesidad de que el vendedor se manifieste en tal sentido, MANRESA aclara que, respecto del art. 1505, “lo que ocurre es que, además de tal derecho (refiriéndose al de cumplimiento), puede optar por la declaración de resolución”, lo cual implica una actividad en tal sentido por parte del vendedor (*Comentarios al Código civil español*, X, pp. 267 y 268).

MARTÍNEZ SANCHÍZ, “Artículo 1505 CC”, *Comentario del Código civil*, II, pp. 987-988).

<sup>53</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, p. 670.

<sup>54</sup> SCÆVOLA, *Código civil Comentado y Concordado extensamente*, XXIII, “Artículos 1445 a 1541”, 1ª ed., p. 739.

<sup>55</sup> MANRESA Y NAVARRO *Comentarios al Código civil español*, X, 4ª ed., p. 266.

<sup>56</sup> MIQUEL CALATAYUD (“Consideraciones sobre el impago del precio en la compra-venta”, *R.C.D.I.*, 1985, núm. 571, LVIII, pp. 1499 a 1540, p. 1523; aunque no compartimos el punto de partida de este autor, para quien el caso contemplado por el artículo 1505 es aquel en el que se ha previsto convencionalmente la resolución en el caso de impago del precio).

<sup>57</sup> GARCÍA CANTERO, “Artículos 1445 a 1541 del CC” en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XIX, 2ª ed., pp. 477 a 478.

<sup>58</sup> LACRUZ, J.L., *Elementos de derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. 2º, “Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito”, nueva ed. revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Madrid, 1999, § 83, núm. 400.

la voluntad resolutoria en caso de que el vendedor no haga ningún tipo de manifestación.

[320] Contemplada de esta forma la resolución de pleno derecho, se afirma, de forma generalizada, que cuando el artículo 1505 CC establece que la resolución tendrá lugar de pleno derecho, lo único que hace es **facilitar la extinción de la relación por incumplimiento**.

#### **D. SIGNIFICADO INICIAL DEL ARTÍCULO 1505 CC**

[321] Desde un primer momento, a la resolución de pleno derecho del artículo 1505 CC se le han reconocido unas características propias.

[322] En este sentido, **García Goyena** afirma que el **artículo 1124 CC** (realmente se refiere al art. 1042 del Proyecto de 1851) prevé el remedio resolutorio con carácter general, y, aunque no se expresa en los mismos términos que el artículo 1184 del Código civil francés, que establece que la resolución por incumplimiento no tendrá lugar de pleno derecho, sino que es necesario que el acreedor la solicite judicialmente, de su tenor es fácil extraer que se refiere exclusivamente a una **resolución judicial**. Ello significa que acreedor que —ante el incumplimiento del deudor— decide optar por este remedio, debe acudir a los tribunales, pues con ello se consigue “poner en claro la inejecución, examinar sus causas, distinguirlas de un simple retardo”, y es posible que existan causas tan justificadas que autoricen al juez a señalar un plazo de cumplimiento<sup>59</sup>. Respecto de la resolución general que acabamos de apuntar, el **artículo 1505 CC** (él se refiere al art. 1434 del Proyecto de 1851) introduce una

---

<sup>59</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, pp. 561 y 562. SCÆVOLA también se refiere a la necesidad de que el perjudicado por el incumplimiento acuda al tribunal para que se decrete la resolución del contrato (*Código civil concordado y comentado extensamente*, XIX, “Artículos 1088 a 1213”, p. 674).

novedad evidente: cuando en el marco de un contrato de compraventa de bienes muebles, el comprador no se presente a recibir las mercaderías en el plazo fijado, o presentándose no ofrezca el precio, la **resolución opera de pleno derecho, es decir, por sola voluntad del vendedor que opta por ella**<sup>60</sup>, sin que el tribunal pueda estimar que no nos encontramos ante un “verdadero incumplimiento”, que justifique el recurso a este remedio, o bien que concurren causas justificadas que le autorizan a señalar plazo. En estos casos, el vendedor no se ve en la necesidad de acudir a los tribunales, para que tenga lugar la resolución basta con que él la declare<sup>61</sup>.

[323] De acuerdo con lo que acabamos de apuntar, se podría concluir que tanto el artículo 1124 CC como el artículo 1505 CC establecen un remedio a favor del acreedor, pero que mientras que en el ámbito del artículo 1124 CC es necesario que el acreedor acuda a los tribunal para que declaren la resolución, en el caso del artículo 1505 CC la resolución tiene lugar por declaración unilateral del vendedor.

Sin embargo, la anterior afirmación no resulta del todo acertada. Si bien es cierto que en la redacción del artículo 1124 CC el legislador español tenía en mente una resolución judicial, lo cierto es que hoy en día carece de trascendencia la distinción de García Goyena entre resolución judicial del artículo 1124 CC y resolución por simple declaración del acreedor (*vid. Parte segunda de este trabajo*). No hay que olvidar, que a pesar del carácter marcadamente judicial que tiene

<sup>60</sup> Para SCÆVOLA “de pleno derecho” significa “sin necesidad de declaración judicial” (*Código civil Comentado y Concordado extensamente*, XXIII, “Artículos 1445 a 1541”, p. 734). A la misma conclusión llega TRAVIESAS quien afirma que “La condición resolutoria tácita opera *ex officio iudicis*, salvo el caso de la venta de muebles, en que se produce *ipso iure*, en interés del vendedor, a tenor del artículo 1505 del Código civil...” (TRAVIESAS, “Obligaciones recíprocas” (2ª Parte), *R.D.P.*, núm. 193, pp. 320 a 330, p. 329).

dicho precepto, la jurisprudencia lo ha ido matizando desde muy temprano, y hoy está comúnmente admitido que la resolución por incumplimiento del artículo 1124 CC también puede operar al margen del proceso, por declaración unilateral del acreedor<sup>62</sup> (nos remitimos al Capítulo – de este trabajo).

[324] La resolución del artículo 1505 CC prevista para las compraventas de bienes muebles también presenta peculiaridades respecto a la resolución regulada en el artículo 1504 CC para los casos de **compraventa de bienes inmuebles e incumplimiento del comprador de su obligación de pago del precio**.

El artículo 1504 CC establece que en los contratos de compraventa de bienes inmuebles, **aunque las partes hayan pactado la resolución de pleno derecho** para el caso en el que el comprador no pague el precio en el plazo previsto, transcurrido dicho plazo, el comprador puede pagar el precio y evitar la resolución en tanto el vendedor no haya realizado un requerimiento<sup>63</sup> judicial o notarial. Ello supone que en ambos casos la resolución opera por declaración del vendedor, sin necesidad de acudir a los tribunales, pero, en el caso del artículo 1505 CC, no se exige el requisito del requerimiento para que el vendedor pueda oponerse al

<sup>61</sup> En este sentido señala GARCÍA CANTERO que si hay necesidad de acudir a la vía judicial, la sentencia que se dicte será declarativa (*Comentario al Código civil y compilaciones forales*, XIX, “Artículos 1445 a 1541 del CC”, 2ª ed., pp. 477 a 478).

<sup>62</sup> Véase por todos, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, pp. 702 y 703.

<sup>63</sup> El artículo 1433 del Proyecto de Código de 1851 tenía un texto ligeramente diferente al actual 1504 CC: “Aunque en la venta de bienes inmuebles se hubiere estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar la resolución del contrato de pleno derecho, el comprador puede pagar aún después de espirar el término, **ínterin no haya sido puesto en demora por un requerimiento**; pero si este ha sido hecho, el juez no puede concederle nuevo término.” El actual artículo 1504 CC establece: “En la venta de bienes inmuebles, aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término **ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial**. Hecho el requerimiento el juez no podrá concederle nuevo término.”

ofrecimiento de cumplimiento fuera de plazo del comprador y declarar la resolución por incumplimiento<sup>64</sup> (más detalles sobre el art. 1504 CC.

Así lo declara expresamente la STS de 4 de diciembre de 1997<sup>65</sup>. En el recurso que da lugar a la sentencia, el recurrente (comprador-demandado) pretende que el contrato celebrado entre las partes es de bienes inmuebles y que por tanto la resolución se rige por lo dispuesto en el artículo 1504 CC, resultando que los vendedores no habían cumplido con los requisitos exigidos en dicho precepto para el requerimiento. En contra de lo que pretende el recurrente, el TS estima que existe una compraventa de acciones y que por tanto la pretensión resolutoria de los vendedores se funda en el artículo 1505 CC y no en el artículo 1504 CC<sup>66</sup>. En concreto afirma: "El artículo 1505 del CC no ha sido objeto de indebida aplicación por el Tribunal de Instancia (...) El precepto citado que opera a favor del vendedor, establece, a diferencia de lo que sucede con los inmuebles, que la resolución tiene lugar de pleno derecho, **sin necesidad de requerimiento**"<sup>67</sup>. Y en contra del motivo que alega infracción del artículo 1504 CC por la sentencia de instancia que declara fehaciente y eficaz el requerimiento resolutorio practicado por medio de mandatario verbal, el TS declara que "resulta del todo decisivo para rechazar la impugnación de que el **requerimiento no es preciso cuando se trata de resolución de compraventa de bienes muebles**, al ser de aplicación el artículo 1505 CC, conforme ya quedó estudiado suficientemente."<sup>68</sup>

### E. SIGNIFICADO ACTUAL DEL ARTÍCULO 1505 CC

[325] Puesto que la diferencia que existía en cuanto a la forma de operar la resolución por incumplimiento del artículo 1124 CC y la resolución de pleno derecho del artículo 1505 CC, se ha difuminado, podríamos concluir que el artículo 1505 CC carece hoy totalmente de sentido por haber sido absorbido por el artículo 1124 CC. Sin embargo, esta conclusión sería errónea puesto que, a pesar de que la resolución en él prevista no difiere mucho de la contenida en el artículo 1124 CC —

<sup>64</sup> El paralelismo entre ambos preceptos queda más patente en Derecho francés, cuyo artículo 1657 CC establece que en materia de bienes muebles, y en el supuesto en él contemplado, la resolución tendrá lugar *de plein droit et sans sommation*, es decir, por simple declaración del vendedor; sin embargo, el artículo 1656 CC francés establece que respecto de las compraventas de inmuebles, aunque se haya pactado que por la falta de pago de precio, la resolución tendrá lugar *de plein droit*, el comprador podrá pagar en tanto no haya sido puesto en mora a través de una *sommation*.

<sup>65</sup> STS de 4 de diciembre de 1997, (RA 8727); Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil.

<sup>66</sup> Fundamento de derecho segundo.

<sup>67</sup> Fundamento de derecho tercero.



excepto que en el ámbito del art. 1505 CC no es posible que el juez otorgue un plazo adicional al deudor para que cumpla—; el papel más relevante que desempeña actualmente el artículo 1505 CC se encuentra en la determinación que en él se hace del **incumplimiento** que da lugar al remedio **resolutorio**.

[326] En el ámbito del artículo 1124 CC, la falta de presentación del comprador en el momento fijado para la entrega de las mercancías, o la falta de pago del precio en el plazo previsto, no da lugar necesariamente a que el acreedor pueda valerse del remedio resolutorio (únicamente cuando el tiempo de cumplimiento sea esencial o el retraso en el cumplimiento sea prolongado en el tiempo); sin embargo, conforme a lo previsto en el artículo 1505 CC, cuando en la compraventa de bienes muebles se ha pactado un plazo para que el comprador se presente a recibir los bienes, si el plazo transcurre sin que el comprador se presente a recibirla o presentándose no ofrece el precio, este incumplimiento es suficiente para que tenga lugar la resolución por incumplimiento. Dicho en otras palabras, la falta de cumplimiento por el comprador en el momento previsto, es contemplada, siempre y en todo caso, como un incumplimiento resolutorio en el marco del artículo 1505 CC<sup>69</sup>.

Este efecto que se deriva de la aplicación del artículo 1505 CC, ha llevado a algún autor a afirmar, sin falta de razón, que resulta una norma “de excesivo rigor para el comprador, no justificable como regla de Derecho dispositivo”<sup>70</sup>.

[327] Precisamente, por las consecuencias importantes a las que lleva este precepto, es necesario aplicarlo con cierta cautela, especialmente,

---

<sup>68</sup> Fundamento de derecho quinto.

<sup>69</sup> BORREL Y SOLER, *El contrato de compraventa según el Código civil español*, p. 165.

<sup>70</sup> PANTALEÓN, “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *A.D.C.*, 1993, p. 1733.

controlar que se lleva a cabo un ejercicio tempestivo del mismo. El ejercicio conforme a derecho de la facultad resolutoria prevista en este precepto exige que el vendedor la haga valer, siempre que sea posible, inmediatamente después de transcurrido el plazo señalado para el cumplimiento: con ello el comprador sabe desde el primer momento a qué atenerse y el vendedor no especula con las posibles fluctuaciones de precio que tengan los bienes. De otra manera, pierde sentido la finalidad perseguida con la norma. Si no se lleva a cabo un ejercicio tempestivo de la resolución prevista en este precepto, la facultad resolutoria del vendedor se debe regir por las reglas generales del artículo 1124 CC, es decir, se valorará si el retraso, en el caso concreto, supone un incumplimiento suficiente para que se pueda acudir a este remedio.

[328] La justificación a este tratamiento especial de las compraventas de bienes muebles que García Goyena<sup>71</sup> hacia radicar en el hecho de que los bienes muebles están sometidos a una gran fluctuación en el precio, de tal forma que el mero retardo puede ocasionar un perjuicio irreparable, por lo que se justifica que se facilite al vendedor la posibilidad de desvincularse inmediatamente, sigue siendo admitida por la doctrina actual<sup>72</sup>.

Sin embargo, estamos de acuerdo con Borrell cuando afirma: “esta razón (esgrimida por García Goyena) podría tener fuerza en las ventas mercantiles, y en aquéllas en que suele variar notablemente el precio;

<sup>71</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias*, p. 760. Y se adhiere a ella MANRESA, (*Comentarios al Código civil español*, X, 4ª ed., p. 266).

<sup>72</sup> Así lo pone de manifiesto GARCÍA CANTERO, quien además recoge las justificaciones que da la doctrina francesa a esta resolución especial, basándose en razones prácticas, en concreto, que el retraso en la retirada no debe hacer perder al vendedor el beneficio de circunstancias favorables, quien, por otro lado, suele tener interés en vaciar sus almacenes; a lo que se añade la necesidad de que el vendedor recupere todos los derechos sobre la cosa a fin de encontrar nuevo comprador; y la doctrina italiana que como razón subordinada añade que la negativa del comprador a recibir la entrega constituye un grave indicio de su intención de no querer cumplir el contrato (“Artículos 1445 a 1541 del Código civil” en *Comentarios*

pero una disposición tan radical no parece necesaria ni conveniente en la mayor parte de las ventas de carácter civil.”<sup>73</sup> Nosotros juzgamos que el hecho de que al amparo de este precepto, el vendedor pueda valerse del remedio resolutorio en todos los casos de compraventa de bienes muebles, incluidos supuestos en los que podría estimarse que el incumplimiento es de escasa importancia, teniendo en cuenta el interés del vendedor<sup>74</sup>, carece hoy en día de justificación. Prueba de ello es que en las legislaciones que recientemente se han planteado el problema, se ha optado por no estimar que el incumplimiento es, en todo caso, resolutorio. Un ejemplo de lo que acabamos de apuntar lo constituye la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías y la regulación del nuevo Código civil holandés.

### **1. La resolución en la Convención de Viena de Compraventa Internacional de Mercaderías de 1980**

[329] El precedente en Derecho uniforme de compraventa era la resolución *ipso facto* prevista en la *ULIS*. Las críticas que recibió dicha resolución, llevaron a que en el futuro se optara por suprimir cualquier tipo de resolución automática en el ámbito de la compraventa internacional.

De hecho, la regulación del ejercicio de la resolución en la *CISG* tiene como punto de referencia la necesidad de hacerlo con cautela, teniendo en cuenta que va dirigido a cancelar los efectos del contrato. Por eso se considera un acierto no admitir una resolución automática y,

---

al Código civil y Compilaciones Forales, 2ª ed., p. 475). En los últimos tiempos, se ha repetido por NAVARRETE CANO (*La obligación de guarda del vendedor*, pp. 129 a 130).

<sup>73</sup> BORREL Y SOLER, *El contrato de compraventa según el Código civil español*, p. 165. Recoge estas palabras GONZÁLEZ POVEDA, “Artículo 1505”, en *Comentario del Código civil*, 7, p. 455.

<sup>74</sup> Ya pusimos de relieve que fue ésta una de las objeciones que se hizo al texto de la *ULIS*. Además la doctrina francesa ha intentado paliar el rigor de la norma exigiendo que en estos casos se hubiese dado un especial relieve al tiempo de cumplimiento de la obligación.

por otro lado, se descarta el sistema riguroso que supone una resolución judicial y se opta por reconocer la posibilidad de obtener la resolución sin necesidad de acudir previamente a los tribunales<sup>75</sup>. En concreto, el **artículo 26 de la CISG** establece, con carácter general, y sin excepciones, que la **resolución tiene lugar por notificación** del acreedor al deudor<sup>76</sup>. Dicho precepto ha sido considerado un avance significativo respecto de lo establecido en la Convención de la Haya de 1964 por el hecho de que suprimiendo la resolución automática, elimina la incertidumbre a la que la misma podía dar lugar. Si el perjudicado por el incumplimiento no declara resuelto el contrato, éste subsiste<sup>77</sup>.

Pero no sólo se ha eliminado la existencia de una resolución automática, sino que, además, se ha establecido que únicamente procede la resolución en los supuestos en los que exista **incumplimiento esencial**, sin especificar cuáles son éstos. En el ámbito del artículo 25 de la *ULIS*, la resolución automática tenía lugar al margen de que existiese o no un incumplimiento esencial al contrato, mientras que en la *CISG* la resolución se prevé con carácter general, sólo para el caso de que el incumplimiento constituya una contravención esencial. Es posible que la

<sup>75</sup> ALPA y BESSONE, "Inadempimento, rimedi, effetti della risoluzione nella vendita internazionale di cosa mobile" en AA.VV., "La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980. Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure (26-28 settembre 1980)", *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, núm. 39, p. 203.

<sup>76</sup> El artículo 26 *CISG* se corresponde con el artículo 24 del proyecto de convención de la UNCITRAL que se adoptó en la *CISG* sin ningún cambio, y que tal y como pone de manifiesto DATE-BAH, es el producto del cuidadoso estudio elaborado por el grupo de trabajo sobre la pertinencia de la resolución automática o *ipso facto* (DATE-BAH, "Article 26", en Bianca-Bonell, *Commentary on the International Sales Law*, pp. 222 a 226).

<sup>77</sup> Se ha dicho que "When a buyer rejects goods sold to him, it makes good sense that he should notify the seller of his rejection so that the seller can take appropriate steps to avoid waste. If he is not notified, waste may occur, for instance, through his use of resources on further performance of a contract which, unknown to delay in salvaging, and disposing of the rejected goods, when these goods have left the custody of the seller. Such delay is a waste of resources. **The rule embodied in Article 26 is therefore a manifestation of practical good sense in trading relations**" (DATE-BAH, "Article 26" en Bianca-Bonell, *Commentary on the International Sales Law*, pp. 222 a 225).

En nuestro país, CABANILLAS afirma que la necesidad de la notificación de la resolución del contrato se apoya en el criterio adoptado por determinados Derechos nacionales y en la intención de evitar que una parte pueda cumplir el contrato, desconociendo que la otra rechazará su cumplimiento (CABANILLAS, "Artículo 26", en *La Compraventa Internacional de mercaderías*, p. 223).

falta de pago del precio en el momento pactado, o la no entrega de las mercaderías en el momento previsto, no constituya un incumplimiento esencial y por tanto sólo proceda la declaración de resolución transcurrido un plazo de tiempo otorgado al comprador o al vendedor respectivamente (arts. 64 (b) y 49 (b) *CISG*).

## **2. La resolución en el Código civil holandés**

[330] En la cuestión que nos ocupa, también el nuevo Código civil holandés llega a soluciones que consideramos acertadas.

Los artículos 7:33 y 7:34 WB contienen dos normas especiales de resolución del contrato de compraventa a favor del vendedor<sup>78</sup>. El **artículo 7:33 WB**<sup>79</sup> prevé que si es **esencial** que la cosa mueble sea entregada en una **determinada fecha** y el comprador no se presenta a recibirla en dicha fecha, existe causa de resolución por incumplimiento prevista en el **artículo 6:265 BW**<sup>80</sup>. En este caso, el mecanismo para proceder a la resolución es el general, es decir, conforme al **artículo 6:267 WB**, la resolución tiene lugar mediante declaración escrita del acreedor<sup>81</sup>.

El legislador holandés ha considerado que sólo sea causa de resolución inmediata el incumplimiento del comprador cuando la fecha pactada para que se presente a recibir el bien mueble tenga carácter esencial. Dicha resolución, conforme a las reglas generales, opera

---

<sup>78</sup> HARTKAMP/TILLEMA, *Contract Law in the Netherlands*, 1995, p. 179.

<sup>79</sup> Artículo 7:33 BW: "If it is of the essence that a moveable thing be delivered on a certain day, and if the buyer does not take delivery on that day, this produces a ground to set the contract aside as provided for in article 265 of Book 6".

<sup>80</sup> Artículo 6:265 BW: "1. Every failure of one party in the performance of one of his obligations gives the other party the right to set aside the contract in whole or in part, unless the failure, given its special nature or minor importance, does not justify the setting aside of the contract and the consequences flowing therefrom.

2. To the extent that performance is not permanently or temporarily impossible, the right to set the contract aside does not arise until the debtor is in default"

mediante declaración escrita del vendedor. En los demás casos, cuando el tiempo fijado para la entrega no tenga carácter esencial, parece oportuno que, a pesar de la falta de cumplimiento en el momento pactado, el deudor disponga de la posibilidad de cumplir (y con ello satisfacer el interés del acreedor), por lo menos durante un determinado tiempo, en concreto, el plazo razonable que le otorgue el acreedor en el requerimiento escrito previsto en el artículo 6:82 (1) BW<sup>82</sup>; sólo una vez transcurrido dicho plazo sin que el deudor cumpla, puede el acreedor acudir al remedio resolutorio<sup>83</sup>.

Además, conforme a lo previsto en el **artículo 7:34 BW**<sup>84</sup> el vendedor puede resolver la venta mediante declaración escrita si el hecho de que no se haya recibido la entrega induce razonablemente a pensar que el precio no será pagado. En este caso no se exige que el tiempo pactado para la entrega sea esencial, únicamente que haya un temor fundado de que el comprador no cumplirá su obligación de pago del precio.

---

<sup>81</sup> Artículo 6:267 BW: "1. The contract is set aside by a written declaration of the person entitled to do so. 2. It may also be pronounced by the judge upon the demand of such person."

<sup>82</sup> Artículo 6:82 (1) BW: "Default commences when the debtor is put into default by a written warning granting him a reasonable period for the performance and when there is no performance within this period."

<sup>83</sup> Así lo establece el artículo 6:265 (2) BW.

<sup>84</sup> Artículo 7:34 BW: "The seller may set aside the sale by written declaration, if the fact that no delivery is taken gives him good reason to fear that the price will not be paid"

## **PARTE SEGUNDA**

### **EL MODELO DE RESOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL**





[331] 1. Como ya anticipamos en la introducción desde un punto de vista teórico (dejando a un lado el modelo de resolución automática), se distinguen dos modelos de ejercicio de la resolución por incumplimiento: en el primero, la resolución se produce por la declaración del acreedor dirigida al deudor; en el segundo, es necesario ejercitar una acción judicial para que sea el juez el que declare la resolución solicitada por el acreedor.

Los comparatistas afirman que las diferencias entre uno y otro modelo de resolución son de naturaleza más o menos técnica (si la resolución debe realizarse mediante decisión judicial o simplemente por declaración unilateral)<sup>1</sup>. La única cuestión práctica realmente importante es la relativa a la disponibilidad del *ius electionis* —entre la resolución y el remedio del cumplimiento— y la duración del plazo durante el cual puede abandonarse la elección de remedios abierta (*ius variandi*)<sup>2</sup>. Refiriéndose al Derecho francés, Treitel destaca que, en caso de resolución judicial, el hecho de que no haya resolución del contrato hasta que no la declare la sentencia produce un doble efecto: por un lado, que aunque se haya presentado la demanda de resolución, el deudor puede evitar la resolución ofreciendo el cumplimiento en cualquier momento anterior a la sentencia<sup>3</sup>; y por otro, que hasta que no exista una sentencia definitiva de resolución, el acreedor puede cambiar su opción y exigir el cumplimiento<sup>4</sup> (*vid. supra* [--]). Sin embargo, en la resolución por declaración unilateral, una vez que

<sup>1</sup> SCHLECHTRIEM, "Terminations of contracts under the Principles", p. 249.

<sup>2</sup> SCHLECHTRIEM, "Terminations of contracts under the Principles", p. 253.

<sup>3</sup> Aunque para evitar abusos por parte del deudor, cuando hay una oferta tardía de cumplimiento durante el proceso, los tribunales franceses, teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes determinan si procede o no declarar de todas formas la resolución (v. gr. cuando exista un interés justificado del demandante en rechazar dicho cumplimiento). Así lo ponen de manifiesto ZWEIGERT/KÖTZ, *An introduction to comparative Law*, 3ª ed., p. 497.

<sup>4</sup> TREITEL, *Remedies for Breach of Contract*, núm. 243.

el acreedor opta por resolver el contrato y realiza una notificación en tal sentido al deudor, ésta es irrevocable y produce plenos efectos cuando llega al deudor.

En principio, nuestro Derecho responde a un modelo judicial de resolución, con rasgos semejantes a la resolución judicial francesa. Pero desde muy temprano se ha admitido en nuestro ordenamiento la posibilidad de que la resolución por incumplimiento opere sin necesidad de que intervenga el órgano judicial.

[332] 2. En esta parte del trabajo vamos a comprobar cómo —partiendo de una concepción judicial de la resolución—, nuestra jurisprudencia, y nuestra doctrina siguiendo los pasos de la primera, han entendido que el tenor literal del artículo 1124 del Código civil admite también una lectura conforme a la cual no es necesaria la intervención judicial para que se produzca la resolución. Este **debilitamiento del carácter judicial de la resolución** no se contempla sólo para casos especiales (*v. gr.* inserción de cláusula resolutoria expresa, compraventa de bienes muebles al contado...) sino que la posibilidad de una resolución por incumplimiento al margen del proceso se plantea en Derecho español como alternativa al ejercicio judicial de dicha resolución.

[333] En el primer capítulo de esta segunda parte, vamos a examinar cuándo y cómo se ha abierto el camino a la admisión en nuestro Derecho de una resolución extrajudicial. El reconocimiento de una resolución extrajudicial es unánime en nuestro país, pero existen divergencias de opinión en cuanto a su configuración debidas a la falta de previsión legal de la misma en nuestro Derecho. En concreto, se perfilan dos tipos de

resolución extrajudicial: la **resolución convencional o consentida** y la **resolución mediante declaración unilateral del acreedor**.

Describiremos los rasgos caracterizadores de una y otra, comparándolos con la forma judicial de ejercicio de la resolución y demostraremos que:

(1) la **resolución convencional o consentida** no supone una segunda forma, alternativa a la forma judicial de provocar la resolución, sino un simple allanamiento a la pretensión de resolución del acreedor.

(2) en nuestro Derecho la resolución por incumplimiento puede tener lugar mediante **declaración unilateral del acreedor** dirigida a la otra parte, que consiste en una segunda forma de ejercicio de la resolución por incumplimiento. Será el acreedor perjudicado por el incumplimiento quien decidirá si declara unilateralmente la resolución o bien si prefiere solicitar una sentencia que declare la resolución.

Por fin, en el capítulo segundo, describiremos el régimen aplicable a la **resolución por incumplimiento mediante declaración unilateral**. Tarea especialmente importante si tenemos en cuenta que la regulación legal de la resolución por incumplimiento parte de una resolución judicial en la que el juez desempeña un papel principal, valorando el incumplimiento y determinando la procedencia del remedio resolutorio. Al admitirse una resolución mediante declaración unilateral, careciendo ésta de reconocimiento expreso en la ley, resulta necesario perfilar sus particularidades, teniendo en cuenta que su régimen debe proteger armónicamente los intereses de ambas partes. Por ello nos ocuparemos de analizar cuáles son las características de la declaración de resolución;

quién es destinatario de la declaración; cuál es su contenido y que forma debe revestir, así como el momento en que puede realizarse, y por fin nos ocuparemos de la eficacia de la declaración de resolución realizada por el acreedor.

## **CAPÍTULO I:    DEBILITAMIENTO    DEL    CARÁCTER EXCLUSIVAMENTE JUDICIAL DE LA RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO**

### **I. EL DEBILITAMIENTO DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL EN EL ARTÍCULO 1124 CC**

[334] En Derecho español nadie discute que la regulación de la resolución por incumplimiento prevista en el **artículo 1124 CC** tiene una clara inspiración francesa<sup>1</sup> y por tanto responde a la **concepción judicial de la resolución**, aunque con características propias.

[335] El tenor literal del artículo 1124 CC sirve a la doctrina para sostener que la resolución en él recogida presenta rasgos eminentemente judiciales<sup>2</sup>. En concreto, su párrafo tercero se considera significativo cuando declara que “los Tribunales decretarán la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo”<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> MONTÉS PENEDÉS, “Artículo 1124” (pp. 1171 a 1255), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XV, Vol. 1º, “Artículos 1.088 a 1.124 del Código Civil”, pp. 1177 y ss.

<sup>2</sup> En la actualidad, *vid.* por todos, ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, pp. 200 y ss; DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 702; y DELGADO, en Lacruz, *Elementos de Derecho civil*, II-1, núm. 127.

<sup>3</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, p. 200, DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 702.

[336] Por si cupiera alguna duda, García Goyena<sup>4</sup>, refiriéndose al artículo 1042 del Proyecto de Código civil de 1851 —cuya redacción era muy semejante al definitivo artículo 1124 CC—, aclara que: “Aun cuando la condición resolutoria haya sido estipulada formalmente, **es necesario acudir a los tribunales**, poner en claro la inejecución, examinar sus causas, distinguirlas de un simple retardo; y en el examen de estas causas puede haberlas tan favorables, que el juez se vea forzado por la equidad para conceder un plazo (...)”. Además, este autor sostiene que el perjudicado por el incumplimiento tiene la facultad de “pedir”, lo que permite entender que no basta con que el acreedor declare la resolución, sino que es necesario que el Tribunal la decrete.

La razón material principalmente esgrimida para justificar la resolución judicial es el temor que suscita el hecho de que por voluntad exclusiva de una de las partes se destruya el contrato; en este marco cobran todo su sentido las afirmaciones de García Goyena arriba transcritas. Para evitar posibles abusos de la parte que sufre el incumplimiento en detrimento de la otra, se prevé la intervención del juez que verifica el alcance del incumplimiento y si resulta procedente la concesión de un plazo al deudor<sup>5</sup>.

Desde entonces, en nuestro país, para ilustrar el carácter judicial de la resolución por incumplimiento del artículo 1124 CC se acude a las afirmaciones que acabamos de apuntar<sup>6</sup>.

<sup>4</sup> GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, p. 561.

<sup>5</sup> Así lo apuntan respecto del Derecho francés, RPERT-BOULANGER (*Traité de Droit civil d'après le traité de Planiol*, II, París, 1957, núm. 534); CAPITANT, H., (*De la cause des obligations*, París, 1924, p. 323); COLIN Y CAPITANT quienes afirman que una resolución subordinada a la sola opción del acreedor hubiera tenido el inconveniente de privar demasiado rápidamente al deudor, acaso de buena fe, del beneficio del contrato y que con la exigencia de una sentencia se le concede al juez la facultad de otorgar al deudor un plazo para que cumpla (*Curso elemental de Derecho civil*, III, p. 691).

<sup>6</sup> *Vid.* por todos, DIEZ-PICAZO, (*Fundamentos*, II, p. 701) y MONTÉS PENADÉS, (“Artículo 1124 CC”, p. 1177) si bien este último autor recoge las palabras de Bigot de Préameneu respecto del artículo 1184 CC francés, de las que son una reiteración las palabras de García Goyena (pp. 1180-1181).

Antes de la promulgación del Código civil, **Sánchez Román**, se había decantado ya por un modelo de resolución por incumplimiento eminentemente judicial pues, después de declarar que “(t)odo contrato bilateral ó sinalagmático lleva implícitamente contenida en su naturaleza una condición resolutoria a favor y contra cada una de las partes contratantes, para que el incumplimiento de las obligaciones de las unas se entienda que autoriza el incumplimiento de la respectivamente contraída por las otras, pudiendo dar lugar al nacimiento, por este motivo, de una causa y consiguiente acción rescisoria del contrato” mantenía que por su propia naturaleza “las condiciones resolutorias tácitas” necesitan siempre la declaración judicial de su existencia, lo que “se provoca por la prueba de las mismas bajo el carácter de acción rescisoria”<sup>7</sup>.

Promulgado el Código civil, **Scaevola**, uno de sus principales comentaristas, se mostraba claramente partidario de una concepción exclusivamente judicial de la facultad resolutoria del artículo 1124 CC. Aclara este autor que el incumplimiento no supone la resolución *ipso facto* del contrato, sino que, para que ésta tenga lugar, es necesario que el perjudicado por el incumplimiento actúe; y a continuación afirma: “Cómo es natural y como indica el párrafo tercero del artículo 1124 CC, el perjudicado a quién conceden dichos derechos *necesita acudir al Tribunal para que se decrete la resolución del contrato*”. Si bien es cierto que este autor no encuentra inconveniente en que las partes pacten en el contrato que la resolución pueda operar de otra forma, entendiendo que el Código civil no se opone a ello, dado que en estos casos no existe un interés público que proteger<sup>8</sup>.

**Clemente de Diego**, también se enmarca en esta línea de considerar exclusivamente judicial la resolución del artículo 1124 CC. En su *Curso Elemental de Derecho civil* este autor sostiene que la resolución prevista en el artículo 1124 CC no opera de pleno derecho (sobre el significado de “pleno derecho”, sino que es necesario solicitarla al juez<sup>9</sup>. Igualmente contrario a la admisión de una resolución al margen del proceso, se muestra Traviesas, que defiende que la resolución no tiene lugar hasta que no la decreta el juez. Este autor afirma: “Y es que la resolución, en el supuesto del artículo 1124, no se produce *ope legis*, sino *ex officio iudicis*, o sea, mediante decisión judicial”<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, pp.358 y 45).

<sup>8</sup> SCÆVOLA, Q.M., *Código Civil Comentado y Concordado extensamente con arreglo a la edición oficial*, XIX, XXIII, y *Código civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos*, por Pascual Marín Pérez, XIX, 2ª ed., *De las obligaciones*, Madrid, 1957, p. 779.

<sup>9</sup> CLEMENTE DE DIEGO, F., *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, 4º, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1919, p. 183; si bien, en la segunda edición de sus *Instituciones de Derecho civil*, rectifica la anterior postura y admite que en nuestro derecho la resolución tiene lugar por declaración del acreedor, ya en la vía judicial, ya fuera de ella, citando a su favor la STS de 24 de octubre de 1941 (*Instituciones de Derecho civil español*, II, *Derecho de obligaciones. Contratos. Derecho de familia*, nueva edición revisada y puesta al día por Alfonso de Cossío y Corral y Antonio Gullón Ballesteros, Madrid, 1959, pp. 57 y 58).

<sup>10</sup> TRAVIESAS, “Obligaciones recíprocas” (2ª Parte), *R.D.P.*, 1929, p. 322.

[337] A pesar de todo, lo cierto es que nuestro artículo 1124 CC carece de una exigencia expresa de que la resolución sea declarada por los tribunales<sup>11</sup>. Este hecho marca una diferencia importante con el artículo 1184 CC francés, que claramente dispone la necesidad de acudir a los tribunales para que ésta tenga lugar<sup>12</sup> y da pie al fenómeno denominado **debilitamiento del carácter judicial de la resolución por incumplimiento**<sup>13</sup>. Dicho debilitamiento supone el reconocimiento de una resolución por incumplimiento sin intervención judicial.

[338] La admisión en nuestro Derecho de una resolución de este tipo ha sido, esencialmente, obra del Tribunal Supremo. El artículo 1124 CC ha sido objeto de abundantísima jurisprudencia que se ha encargado de interpretar y colmar las lagunas que dicho precepto presenta<sup>14</sup>; el debilitamiento del carácter judicial de la resolución es obra casi exclusivamente suya; en este punto la doctrina prácticamente se ha limitado a acoger esta jurisprudencia y a hacer uso de ella para legitimar la resolución extrajudicial<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> El propio MONTÉS PENADÉS, a pesar de ser reacio a la admisión de una resolución extrajudicial tiene que reconocer que "(c)ierto es que la literalidad del artículo 1124, a diferencia de lo que ocurre en los derechos francés e italiano, y a semejanza de lo dispuesto en el BGB, no exige demanda judicial ("Artículo 1124" (pp. 1171 a 1255), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XV, Vol. 1º, "Artículos 1.088 a 1.124 del Código Civil", pp. 1198 y 1224).

<sup>12</sup> En concreto declara el Código civil francés que la resolución "doit être demandée en justice".

<sup>13</sup> DíEZ-PICAZO habla de "matización sobre el carácter necesariamente judicial" (*Fundamentos*, II, p. 703); MONTÉS PENADÉS recoge las palabras de este autor, y años más tarde se refiere a la "debilitación del carácter judicial de la resolución" ("Artículo 1124 CC", nota al pie 25, p. 1197 y Prólogo al libro de Clemente Meoro, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, p. 15); CLEMENTE MEORO afirma que en "Derecho español se ha "debilitado" el carácter judicial de la resolución por incumplimiento (*La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, núm. 60).

<sup>14</sup> DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 702; OGÁYAR AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral*, p. 9 y pp. 64 a 65.

<sup>15</sup> DíEZ-PICAZO llega a afirmar que en la mayor parte de los casos, la doctrina se limita a recibir, consagrar y adoptar las afirmaciones realizadas por la jurisprudencia; aunque se refiera a todos los aspectos que presenta la resolución por incumplimiento, esta afirmación la consideramos directamente trasladable a lo que a la forma de la resolución se refiere. Insiste sobre el papel de la jurisprudencia en la admisión de una forma extrajudicial de ejercicio (*Fundamentos*, II, p. 702 y 722); MONTÉS PENADÉS, ("Artículo 1124 CC", nota 25, p. 1197); en los últimos años vid. CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, núm. 61.



[339] Sin duda se ha producido una “evolución de la resolución del artículo 1124 CC a través de la jurisprudencia”<sup>16</sup>. Ahora bien, debido a que el tenor literal del artículo 1124 CC se aparta de lo establecido en el artículo 1184 CC francés pero no deja del todo claro cómo y cuándo tiene lugar la resolución, se han producido discrepancias en las sentencias judiciales que admiten el debilitamiento del carácter judicial de la misma. Este hecho ha sido puesto de manifiesto por Álvarez Vigaray, primer autor que ha reparado en tales discrepancias<sup>17</sup>. Este autor pone de relieve la existencia de dos formas distintas de concebir la resolución extrajudicial en nuestro Derecho. La primera de ellas consideraría posible una resolución sin intervención judicial por acuerdo de las partes (resolución convencional) y la segunda admitiría una resolución por declaración unilateral del acreedor. Álvarez Vigaray defiende que ambas formas de resolución se corresponden claramente con dos líneas o corrientes jurisprudenciales muy distintas. Posteriormente, Montés Penadés y Clemente Meoro han reconocido la existencia de dichas líneas jurisprudenciales y se han detenido en su análisis<sup>18</sup>. El resto de la doctrina se limita a tomar partido por la línea jurisprudencia que reconoce una resolución por declaración unilateral sin hacer siquiera mención de la existencia de la otra línea jurisprudencial<sup>19</sup>. Entremos a analizar con mayor profundidad en qué consiste cada una de estas formas de resolución sin intervención judicial.

<sup>16</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, pp. 702 a 703.

<sup>17</sup> *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, pp. 195 a 235.

<sup>18</sup> MONTÉS PENADÉS se refiere a una resolución por acuerdo de las partes o aceptada por una iniciativa de la otra y una resolución por declaración del acreedor (“Artículo 1124 CC”, pp. 1225 a 1227) y más recientemente (Prólogo al libro de Mario Clemente Meoro, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1998, p. 15); en idénticos términos CLEMENTE MEORO (*La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, núms. 61 y 62).

<sup>19</sup> Por citar algún ejemplo, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 722; OGÁYAR AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral*, pp. 105 y 106; DELGADO, en Lacruz, *Elementos de Derecho civil*, II-1, núm. 127; PANTALEÓN, “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, p. 1731.

## **II. LA RESOLUCIÓN POR ACUERDO DE LAS PARTES O RESOLUCIÓN CONSENTIDA**

### ***A. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO***

[340] Existe una importante línea jurisprudencial conforme a la cual es posible una resolución extrajudicial en Derecho español, cuando dicha resolución sea consecuencia de un **acuerdo de las partes**, o cuando el deudor acepte la elección del acreedor por la resolución. Ello significa que, manteniendo un sistema de resolución esencialmente judicial, excepcionalmente no es necesario un pronunciamiento judicial para que la resolución opere; así sucederá cuando el deudor y el acreedor estén de acuerdo en resolver. Veamos las sentencias más representativas de esta corriente jurisprudencial.

#### **1. Sentencia de 19 de mayo de 1961<sup>20</sup>**

[341] La STS de 19 de mayo de 1961 es una de las sentencias más citadas como representativa de esta línea jurisprudencial. Deniega el recurso presentado por el señor M (demandado-recurrente), que alega infracción del artículo 1124 CC porque no se le reconoce la resolución del contrato que había celebrado con el señor C.

El señor C presenta una demanda reclamando la devolución de una cantidad de dinero que había entregado como parte del precio de una compraventa; solicita, además, que se declare que el señor M (demandado) había dejado de cumplir parcialmente la obligación de entregar la cosa pactada en el contrato, colocándose en la imposibilidad de cumplirla, por haberla cedido a terceras personas; por todo ello pide que se condene a M. indemnizar los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de entrega. El demandado solicita la absolución de la demanda

---

<sup>20</sup> STS de 19 de mayo de 1961 (RA 2325; Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Tutor y Guelbenzu)

y la resolución por no haber hecho el actor la provisión de fondos pactada.

En primera instancia se condena al vendedor-demando a reembolsar las cantidades recibidas más el interés legal de esta suma, desde la fecha de interposición de la demanda. La Audiencia confirma la sentencia. El TS acoge parcialmente el recurso de casación presentado por el señor M y, en segunda sentencia le condena a pagar la cantidad anunciada en la sentencia de primera instancia pero le absuelve de los demás pedimentos y del pago de intereses<sup>21</sup>.

En su argumentación el TS declara: “Que es sobradamente conocida la doctrina de esta Sala interpretando el artículo 1124 del Código Civil, en el sentido que la facultad de resolver las obligaciones recíprocas puede hacerse extrajudicialmente por el perjudicado cuando el otro obligado no cumpliera lo que le incumbe, siempre y cuando este último, reconociendo su infracción, acepte la resolución, pero **si no media tal conformidad y se suscita contienda, sólo por vía judicial puede decretarse la resolución** de la obligación y determinarse las respectivas responsabilidades de los contratantes, y como quiera que en el caso que se ventila el señor C incumplió su obligación de pagar parte del precio (...) en tanto que el señor M una vez anunciada la resolución del convenio y sin obtener la conformidad del comprador, ni menos instar judicialmente tal resolución, dispuso indebidamente de los boletos en cuestión (...) aparece evidente que **la resolución anunciada por el recurrente no pudo surtir efectos jurídicos al no haber sido aceptada por el otro contratante, ni decretada por el Juzgado** y como ambas partes infringieron sus respectivas obligaciones cuando el contrato estaba consumado en su mayor parte, no se ha interpretado erróneamente el precepto citado y decae el motivo del recurso”<sup>22</sup>.

<sup>21</sup> Estima que es incongruente la sentencia que condena al demandado al pago del interés legal cuando no se había solicitado en la demanda.

<sup>22</sup> (STS de 19 de mayo de 1961, Cdo. segundo). El hecho de que con posterioridad a la declaración unilateral de resolución efectuada por el vendedor, dispusiera éste de los bienes objeto del contrato, es calificado por el propio TS como incumplimiento del contrato de compraventa.

[342] Aunque esta sentencia suele citarse como una de las más antiguas, existen un par de sentencias muy tempranas que parecen admitir una resolución extrajudicial por acuerdo de las partes, si bien hay que reconocer que no contienen un pronunciamiento expreso al respecto. Nos referimos a las SSTs de 7 de junio de 1909 y 22 de junio de 1911.

En la primera de ellas, el TS parte de la existencia de una resolución que ha operado al margen del proceso, por acuerdo de las partes pues, ante el incumplimiento del vendedor (que entrega una maquinaria de vapor que no tenía ni siquiera la mitad de la potencia pactada en el contrato), considera que “tenían aceptado los interesados dar por resuelto el contrato y por no entregada la máquina”. Este hecho permite al TS afirmar que la indemnización de daños solicitada en el pleito por la parte compradora “se basa real, efectiva y necesariamente en el supuesto de la resolución del contrato” y que por tanto no existe la infracción del artículo 1124 CC que alega el recurrente (vendedor) basando su pretensión en que está vedado al tribunal estimar o desestimar una resolución cuando no se solicita por alguno de los contratantes.

En la STS de 22 de junio de 1911<sup>23</sup> nos encontramos con una afirmación muy interesante del TS cuando, en contra de lo que sostiene el recurrente —que defiende que los recurridos habían optado extrajudicialmente por la resolución y que por tanto no podían con posterioridad exigir el cumplimiento en la vía judicial—, declara que “si bien el derecho de opción, otorgado por el artículo 1124 del repetido Código al contratante perjudicado en las obligaciones recíprocas, para escoger entre el cumplimiento o la resolución de lo convenido, cesa, por regla general, una vez hecha la elección, esto debe entenderse cuando la elección se hace, en la vía judicial o fuera de ella, **si llegara a términos de obligada concordia**, pues, en otro caso, no habría razón para privar al contratante, fiel cumplidor de sus obligaciones, que es a quien favorece la ley, de un derecho que la misma le concede, inspirada en principios de equidad.”<sup>24</sup>

Años más tarde, la STS de 12 de diciembre de 1955<sup>25</sup> también niega la posibilidad de una resolución por voluntad exclusiva de una de las partes. En su Considerando tercero establece que la demandada/recurrente en su recurso, “parte del supuesto de que habiendo incumplido el contrato de arrendamiento la parte demandante, podía la demandada por su sola voluntad y en vista de lo dispuesto en el artículo 1124 del Código civil, darlo por resuelto, facultad que no le asiste, pues como acertadamente se sostiene en la sentencia impugnada, esa **resolución, de no estar de**

<sup>23</sup> STS de 22 de junio de 1911; C.L. XXXIX, pp. 811 a 827.

<sup>24</sup> En el caso resuelto por la sentencia, A había cedido unas minas a B, C y D para su explotación. A consecuencia de diferencias surgidas entre las partes, los contratistas realizaron varias gestiones y propusieron a A la resolución del contrato. Sin que tales gestiones dieran resultado, presentaron demanda contra A pidiendo que se declarase la validez y eficacia del contrato y se condenara al demandado a su cumplimiento. Frente a la sentencia que estima la demanda, interpuso el demandado recurso de casación alegando, en el 4º de los motivos, infracción del artículo 1124 CC, porque si bien el perjudicado por el incumplimiento de una obligación puede escoger entre que aquella se cumpla o se declare su resolución, una vez hecha la elección no puede alterarse por otra posterior.

<sup>25</sup> STS de 12 de diciembre de 1955 (RA 1956/648; Ponente: Excmo. Sr. D. Manrique Mariscal de Gante y de Gante).

**acuerdo ambas partes contratantes en adoptarla, exige una declaración judicial, como se previene en el citado artículo 1124 en su párrafo segundo...”**

## **2. Sentencia de 28 de septiembre de 1965<sup>26</sup>**

**[343]** La STS de 28 de septiembre de 1965, refiriéndose expresamente a la STS de 19 de mayo de 1961, se adscribe totalmente a esta línea jurisprudencial.

En ella el TS desestima el motivo del recurso de casación presentado por el demandado. El demandante le había exigido el cumplimiento del contrato a lo que aquél se oponía y alegaba que el contrato había quedado resuelto mediante requerimiento notarial efectuado a la otra parte contratante. Afirma el TS: “Que es sobradamente conocida la doctrina de esta Sala interpretando el artículo 1124 CC, en el sentido de que la facultad de resolver las obligaciones recíprocas sólo puede hacerse extrajudicialmente por el perjudicado cuando el otro obligado no cumpliera lo que le incumbe, siempre y cuando este último, reconociendo su infracción, acepte la resolución, pero **si no media tal conformidad** y se suscita contienda, **sólo por vía judicial puede decretarse la resolución** de la obligación y determinarse las respectivas responsabilidades de los contratantes (Sentencia de 19 de mayo de 1961)<sup>27</sup>.”

A pesar de que —según esta línea jurisprudencial— hubiera bastado con afirmar que carece de eficacia la declaración extrajudicial de resolución realizada por una de las partes cuando la otra no la acepta, el TS entra a valorar la conducta de ambas partes y llega a la conclusión de que

<sup>26</sup> STS de 28 de septiembre de 1965 (RA 4056; Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Bonet Ramón).

<sup>27</sup> STS de 28 de septiembre de 1965, Considerando octavo. Vuelve a insistir sobre ello en el Considerando undécimo: “Que no basta la sola manifestación de una de las partes, la expresión de su creencia de que fue el contrario quien faltó a las suyas, mientras él tenía cumplidas las propias, para que pueda estimarse bien hecha la opción resolutoria que formula y surta ésta de por sí, sus pertinentes efectos, sino que, surgida contienda sobre ello, ha de estarse a la decisión de la Sala en orden al verdadero incumplidor, siendo de la exclusiva competencia del Tribunal “a quo” la declaración sobre quién ha incumplido el contrato en cuestión, y habiendo que atenerse al pronunciamiento del mismo.”

el demandado/recurrente no estaba facultado para ejercitar la facultad resolutoria porque había faltado al cumplimiento de sus obligaciones. ¿Hubiese sido otra la respuesta al recurso de casación si el TS hubiese estimado que el acreedor había dado fiel cumplimiento al contrato?

### **3. Sentencia de 22 de diciembre de 1977<sup>28</sup>**

[344] En la STS de 22 de diciembre de 1977<sup>29</sup> puede leerse: “la resolución del contrato (...) no puede producir efectos resolutorios por sí sola; pues, **de no aceptarse por la parte requerida dicha resolución**, como no se acepta en este caso, **no cabe otro cauce que el ejercicio de la acción judicial correspondiente**, por quien se crea legitimado para ejercitarla”<sup>30</sup>. Se trata de una de las dos razones que da el TS para denegar el recurso presentado por el vendedor en el que sostenía que la sentencia recurrida no había tenido en cuenta los dos requerimientos que había efectuado al comprador (uno de cumplimiento de contrato y el otro de resolución del mismo). La otra razón que lleva al Tribunal Supremo a rechazar el recurso planteado se refiere a la ineficacia del requerimiento de cumplimiento efectuado por el vendedor, puesto que cuando se hizo, el comprador no podía todavía ser compelido al cumplimiento.

### **4. Sentencia de 24 de octubre de 1995<sup>31</sup>**

[345] En la STS de 24 de octubre de 1995 también puede encontrarse un pronunciamiento favorable a esta línea jurisprudencial, si bien referido al

<sup>28</sup> STS de 28 de septiembre de 1965 (RA 4056; Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Bonet Ramón).

<sup>29</sup> STS de 22 de diciembre de 1977 (RA 4839; Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Cantos Guerrero).

<sup>30</sup> STS de 22 de diciembre de 1977; Considerando primero.

<sup>31</sup> STS de 24 de octubre de 1995 (RA 7520; Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales).

artículo 1504 CC (que regula la resolución por falta de pago del precio en la compraventa de inmuebles).

En el caso resuelto por la sentencia, la compradora había interpuesto una demanda de cumplimiento del contrato de compraventa de unas plazas de garaje. El vendedor presentó el recurso de casación contra la sentencia que le condenaba al cumplimiento del contrato. En uno de los motivos del recurso alegó que el contrato había quedado resuelto mediante la notificación que al respecto había hecho por no haberse abonado el precio pactado. El TS desestimó el motivo porque difícilmente puede declararse la resolución del contrato “pues el vendedor-demandado señor P.M. no ha postulado en este proceso, como podía haberlo hecho por vía reconvenicional, que sea declarado judicialmente resuelto el mismo, **sin que sea suficiente, por sí sola para tener por producida dicha resolución, la notificación notarial que, en tal sentido hizo el señor P.M. a la señora L.M. y a lo que ésta siempre se ha opuesto**” ya que “la facultad resolutoria de un contrato puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no sólo en vía judicial, sino también mediante declaración, no sujeta a forma, dirigida a la otra parte, pero a reserva, claro está, de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada, determinando, en definitiva, si la resolución ha sido bien hecha o si ha de tenerse por indebidamente utilizada”<sup>32</sup>. El TS añade que

---

<sup>32</sup> FD quinto.

Algo parecido había sucedido en la STS de 17 de febrero de 1994 (RA 1408; Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda). La sentencia recurrida en casación estima la demanda del comprador y condena al vendedor al cumplimiento del contrato. El vendedor, en el recurso de casación alega violación de los artículos 1124 y 1504 del CC porque el contrato había quedado resuelto de forma extrajudicial. El TS desestima el motivo del recurso y después de reconocer que es doctrina reiterada de la Sala (STS de 30 de marzo de 1992; RA.2308) “que la facultad resolutoria puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no sólo en la vía judicial sino también mediante declaración, no sujeta a forma, dirigida a la otra parte, pero a reserva -claro está- que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada (negando el incumplimiento o rechazando la oportunidad de extinguir el contrato), determinando, en definitiva, si la resolución ha sido bien hecha o si ha de tenerse por indebidamente utilizada. En el presente caso, **rechazada expresamente por el comprador la declaración resolutoria unilateral de la sociedad vendedora, tal voluntad resolutoria requería para su eficacia una resolución judicial que declarase su procedencia por concurrir en ella los requisitos del artículo 1504;**

en el caso de que lo hubiese solicitado, tampoco procedería la resolución porque la facultad resolutoria “exige ineludiblemente que el que pretenda la resolución haya cumplido las obligaciones que a él le incumben”, además de que “el comprador haya incidido en un incumplimiento deliberado, pertinaz, injustificado y definitivo de su obligación de pago del precio, que frustre el fin del contrato” y ninguno de los requisitos concurren pues la compradora dejó de pagar el plazo no por voluntad renuente sino hasta que el vendedor recuperara la propiedad de las dos plazas.

En la sentencia se citan las SSTs de 14 de junio de 1988<sup>33</sup>; 28 de febrero de 1989<sup>34</sup>; 12 de marzo de 1990<sup>35</sup>; 4 de abril de 1990<sup>36</sup>; 30 de marzo de 1992<sup>37</sup> y 15 de junio de 1993<sup>38</sup>.

---

ahora bien, dado el principio de rogación de parte que rige nuestro proceso civil, esa declaración judicial sólo puede obtenerse mediante el ejercicio de la correspondiente acción resolutoria” y que en el caso concreto no se produjo, pues la pretensión de la demandada de validez de la resolución del contrato no se solicitó, formulando reconvencción en debida forma. **“(A) diferencia de la nulidad contractual, la resolución ha de ser hecha valer por vía de acción, y no cabe su alegación como excepción a no ser que se trate de una resolución convencional o ya declarada judicialmente”** y por ello el TS no se puede pronunciar acerca de la concurrencia de los requisitos del artículo 1504 CC (FD tercero).

En la STS de 7 de junio de 1996 (RA 4827; Ponente: Excmo. Sr. D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade) también ocurre que el TS no entra a valorar si procede o no la resolución, porque no se lo ha solicitado la parte interesada, que se limitó a solicitar su absolución; con la particularidad de que en este caso existía una cláusula resolutoria a favor del vendedor para el caso de que éste no pudiese construir en las condiciones pactadas. El TS estima, creemos que de forma incorrecta pues no se trata de una cláusula resolutoria expresa para caso de incumplimiento del comprador, que a esta cláusula le resulta aplicable la doctrina del 1124 CC y en su FD. segundo declara que: “como tal cláusula resolutoria expresa, esta estipulación está sujeta a la doctrina jurisprudencial interpretativa del art. 1124 del Código civil; doctrina correctamente aplicada en la sentencia recurrida, cuando exige su examen y sanción por los Tribunales, en los supuestos en que la resolución del contrato es impugnada y resistida por la parte contraria, al no contar con la necesaria fuerza coactiva la simple voluntad de los particulares”, sobre todo si tenemos en cuenta que es necesario interpretar qué significa “no poder construir en las condiciones pactadas”. Cuestión en la que no se puede entrar porque la parte ahora recurrente (vendedor-constructor) se limitó en la contestación a la demanda a solicitar su libre absolución, sin reconvenir esta otra declaración resolutoria que la otra parte le niega y que sólo una declaración judicial puede concederle, pero sin incurrir en el defecto de incongruencia, traspasando los límites y resolviendo lo que la parte pudo haber solicitado en su momento procesal.

<sup>33</sup> RA 4875.

<sup>34</sup> RA 1409.

<sup>35</sup> RA 1690.

<sup>36</sup> RA 2694.

<sup>37</sup> RA 2308.

<sup>38</sup> RA 4836.



## **5. Sentencia de 28 de marzo de 1996<sup>39</sup>**

[346] La STS de 28 de marzo de 1996 es muy clara en sus pronunciamientos cuando declara que en caso de que el deudor no acepte la declaración unilateral de resolución, es necesario acudir al juez para que la decrete, y hasta que esto suceda, el contrato continua en vigor. Así, en su Fundamento de Derecho segundo puede leerse: “es doctrina jurisprudencial interpretativa del artículo 1124 del Código civil, la que determina, que **cuando la declaración resolutoria hecha por uno de los contratantes es contradicha por su oponente**, queda la cuestión sometida a la sanción de los Tribunales” y que una vez que queda demostrada la oposición de una de las partes a que la otra resuelva el contrato por su cuenta, **el contrato queda vigente hasta que por la autoridad judicial se acuerde la legalidad de la resolución.**

Las partes habían celebrado un contrato por el que A ponía a disposición de B unas máquinas tragaperras durante un periodo de tres años. Dichas máquinas se instalaron en un local de B y se pactó una retribución a A del 50% de lo que se recaudase. En una cláusula contractual se establecía que A quedaba en libertad de retirar las máquinas si pasadas cuatro semanas la recaudación bruta total no alcanzaba una cifra determinada. A envía una carta por conducto notarial en la que comunica a B su intención de pasar a retirarlas pues se estaba obteniendo un rendimiento de la mitad del mínimo pactado. Presentándose a retirarlas y ante la oposición de B, dos individuos inutilizan las máquinas sin que A atienda a los requerimientos de B para que las arregle.

## **6. Sentencia de 29 de abril de 1998<sup>40</sup>**

[347] En la STS de 29 de abril de 1998 (F.D. segundo) se declara que: “si se da este incumplimiento básico, que frustra el fin objetivo del contrato, no se produce automáticamente la resolución, sino que **es preciso el**

<sup>39</sup> STS de 28 de marzo de 1996 (RA 2198; Ponente: Excmo. Sr. D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade)

<sup>40</sup> STS de 29 de abril de 1998 (RA 2601; Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O’Callaghan Muñoz).

**acuerdo de ambas partes o que el sujeto cumplidor ejercite la acción y se declare en sentencia** (así lo dice expresamente la Sentencia de 11 de diciembre de 1993, en un proceso de error judicial<sup>41</sup>). Lo que conduce al tema de resolución unilateral, que no es lícita (...).”

De todas formas, en el caso en cuestión, la declaración de resolución por incumplimiento realizada por una de las partes resulta ineficaz por estimarse que no ha existido incumplimiento de la otra parte contratante<sup>42</sup>.

La entidad *Secovican, SLC* celebra un contrato de fecha 31 de marzo de 1988 con la sociedad *Ensenada del Sol, SA* por el que la primera se obliga a prestar servicios de vigilancia y seguridad en las instalaciones turísticas de la segunda. Antes de finalizar el plazo previsto y prorrogado, *Ensenada del Sol, SA* dirige una carta a *Secovican, SLC* en la que resuelve unilateralmente el contrato —literalmente dice: “nos vemos en la necesidad de prescindir de sus servicios”— por razón de “falta de efectividad, demostrada en los últimos tiempos por su organización y los frecuentes robos que venimos sufriendo (...)”. *Secovican, SLC* contesta oponiéndose a dicha resolución unilateral por “inaceptable e injusta”.

*Secovican, SLC* presenta demanda en la que solicita que se declare no haber lugar a la resolución unilateral y que se le indemnicen los daños que se le han ocasionado. La demandada se opone y formula reconvención en la que interesa la declaración de resolución del contrato y determinados resarcimientos económicos. En primera instancia se estima parcialmente la demanda, declarando improcedente la resolución unilateral y se condena a la demandada

<sup>41</sup> La STS de 11 de diciembre de 1993 (RA 9605; Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil) se refiere a un contrato de compraventa de vivienda a cuya firma en documento privado el comprador entregó la cantidad de 470.000 ptas., quedando comprometido a abonar el resto del precio (8 millones de ptas.) dos meses después de la firma del contrato. Dicha entrega del resto del precio no tuvo lugar.

El vendedor presentó recurso de revisión sobre error judicial de la sentencia dictada en apelación, que el condenaba a la devolución de la cantidad de 470.000 ptas. que había recibido en concepto de simple señal. En su recurso el vendedor denuncia que la sentencia de apelación incurrió en error porque no acogió la pretensión de que la cantidad mencionada debía quedar en su poder en concepto indemnizatorio de daños y perjuicios exonerándosele de su devolución. El TS declara que no concurre el error alegado, y afirma que: “Es doctrina jurisprudencial, constantemente proclamada (S. 30.3.92 [RA 2808] y 15.6.93 [RA 4836], entre otras), que la facultad resolutoria de las relaciones contractuales puede tener lugar mediante declaración dirigida a la otra parte interesada, pero con la reserva de que, en todo caso, corresponde a los tribunales examinar y sancionar su procedencia y efectos cuando no se admite, surgiendo conflicto entre las partes que dirime la resolución judicial que se pronuncia y con la declaración de que la resolución ha sido bien hecha y procede o, por el contrario, ha sido indebidamente utilizada”. “El demandante de error judicial en su escrito de contestación en el pleito de la instancia no utilizó con corrección procesal, la petición de resolución de la compraventa de referencia, conforme prevé el artículo 1124, en relación al 1504 CC, pues, dado el principio de rogación de nuestro sistema procesal civil, esta declaración sólo puede obtenerse mediante el ejercicio de la correspondiente acción, ejercicio que en este caso no se ha producido”. Acaba declarando el TS que la sentencia recurrida puso de relieve que, en todo caso no había habido demostración de los daños y perjuicios para cuya reparación se pretende la retención de la señal.

<sup>42</sup> Al final del Fundamento de Derecho segundo de la sentencia se recogen todas las razones por las cuales el TS estima que no ha existido “verdadero y propio incumplimiento contractual”.

al pago de una indemnización. El TS declara no haber lugar al recurso de casación presentado por *Ensenada del Sol* contra la sentencia de la Audiencia que confirma la de primera instancia.

## 7. Sentencia de 15 de noviembre de 1999<sup>43</sup>

[348] La STS de 15 de noviembre de 1999 también exige conformidad en la resolución extrajudicial para reconocerle plenos efectos:

“La jurisprudencia de esta Sala tiene declarado que la facultad resolutoria puede ejercitarse en nuestro Ordenamiento no sólo en vía judicial, sino también mediante declaración no sujeta a forma, dirigida a la otra parte, pero a reserva de que sean los Tribunales los que definitivamente decidan la procedencia de la resolución extrajudicial, **cuando no se acepta y resulta impugnada, con lo que no se autoriza la extinción del contrato, en cuyo caso la voluntad rescisoria, en este caso del comprador, requiere para su eficacia una resolución judicial que declare su procedencia**, al concurrir los presupuestos legales del artículo 1124 del CC, y, dado el principio de rogación de parte por el que se gobierna el proceso civil, esta declaración judicial sólo puede obtenerse si se ha ejercitado la correspondiente acción. (...) Ante la falta de ejercicio de la acción resolutoria, se veda a esta Sala de casación civil hacer pronunciamiento alguno sobre la cuestión.”<sup>44</sup>

Las partes habían firmado un documento privado de compraventa de una vivienda. El comprador, alegando retraso en la entrega de la vivienda procedió a la resolución anticipada de la compraventa mediante carta remitida por conducto notarial<sup>45</sup>; resolución que amparó expresamente en el artículo 1124 CC. La vendedora, por su parte, presentó demanda de cumplimiento de contrato mediante el otorgamiento de escritura pública y pago del resto del

<sup>43</sup> STS de 15 de noviembre de 1999 (RA 8217; Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil).

<sup>44</sup> STS de 15 de noviembre de 1999, FD segundo.

<sup>45</sup> En el Fundamento de Derecho primero el TS declara que “resultó probado que no se produjo retraso en la construcción definitiva de la vivienda y puesta a disposición del comprador” y que “el posible retraso es más bien de naturaleza administrativa, pero no apto para justificar la resolución promovida, pues para que pueda considerarse retraso eficiente es necesario su prolongación a lo largo del tiempo careciendo de toda justificación y acreditando por sí una voluntad inequívocamente obstativa que viene a frustrar decisivamente el fin económico del contrato”.

precio. El demandado se opuso a la demanda pidiendo su desestimación pero no interesó en el pleito en la forma procesal correcta tanto la resolución del contrato como el reintegro de las cantidades que anticipó y la alegación que hizo lo fue para eximirse de la exigencia de la vendedora de que otorgara escritura pública y abonara la parte del precio que faltaba.

En primera instancia se dictó sentencia estimatoria de la demanda, sentencia que fue confirmada en apelación. El TS declaró no haber lugar al recurso presentado por el comprador.

[349] Para finalizar con la exposición de esta línea jurisprudencial hemos de aclarar que, existen decisiones jurisprudenciales que han sido mencionadas como representativas de esta concepción de la resolución extrajudicial en Derecho español que, sin embargo, tras su análisis, hemos considerado que no pueden incluirse en ella. Así sucede por ejemplo, con la STS de 25 de febrero de 1964<sup>46</sup>; la STS de 25 de marzo de 1965<sup>47</sup>; la STS de 5 de julio de 1980<sup>48</sup>; la STS de 21 de marzo de 1986<sup>49</sup> o la STS de 8 de julio de 1983<sup>50</sup>. Efectivamente, en muchas de ellas, ante el incumplimiento del contrato por una de las partes, ambas se muestran conformes en resolver, lo cual no permite deducir que sea necesario el consentimiento del deudor, sino que es posible que éste concurra. Sobre alguna de ellas volveremos al estudiar el mutuo disenso y la transacción.

#### **B. SIGNIFICADO Y ALCANCE DE LA RESOLUCIÓN CONSENTIDA. ANÁLISIS DOCTRINAL**

[350] Un sector doctrinal minoritario, pero muy autorizado, tiene en cuenta la línea jurisprudencial que hemos expuesto y sostiene que el debilitamiento del carácter judicial de la resolución del artículo 1124 CC permite que la resolución por incumplimiento tenga lugar, además de por

<sup>46</sup> STS de 25 de febrero de 1964 (RA 1148; Ponente: Excmo. Sr. D. Jacinto García-Monge y Martín).

<sup>47</sup> STS de 25 de marzo de 1965 (RA 1717; Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Rodríguez Valcarcel).

<sup>48</sup> STS de 5 de julio de 1980 (RA 3085; Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García).

<sup>49</sup> STS de 21 de marzo de 1986 (RA 1275; Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Albácar López).

sentencia judicial, por **acuerdo de ambas partes contratantes** o porque el **deudor acepta la resolución declarada por el acreedor**. Pero descarta la posibilidad de que en nuestro Derecho tenga cabida una resolución por incumplimiento que opere mediante la declaración unilateral del acreedor<sup>51</sup>.

[351] Uno de los primeros autores que hizo referencia expresa a este tipo de resolución, como alternativa a la resolución judicial, fue Álvarez Vigaray, quien, además, acuñó el término de **resolución convencional** para contraponerlo a la resolución judicial y a la resolución por declaración unilateral<sup>52</sup>.

Nosotros consideramos más acertado hablar de **resolución consentida**, pues, como vamos a demostrar, se trata simplemente de un allanamiento del deudor a la pretensión resolutoria del acreedor que, por lo tanto, no significa una nueva forma de resolver el contrato, sino una consecuencia de la resolución judicial.

### **1. Ámbito de aplicación de la resolución consentida**

[352] **Montés Penadés** constituye el máximo exponente de los defensores de la resolución por acuerdo de las partes, como única alternativa a la resolución por declaración judicial<sup>53</sup>. Reconoce que su tesis no se corresponde con la opinión hoy mayoritaria tanto en la doctrina como en la jurisprudencia que se decanta claramente por la admisión de una resolución mediante declaración unilateral del acreedor; pero, a su favor,

---

<sup>50</sup> STS de 8 de julio de 1983 (RA 4203; Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García).

<sup>51</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, p. 226.

<sup>52</sup> Este autor no duda de la admisibilidad de este tipo de resolución en nuestro Derecho (ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, p. 226).

cita un número importante de sentencias que califica de línea jurisprudencial “muy asentada”<sup>54</sup>.

[353] Según este autor, el artículo 1124 CC —siguiendo al artículo 1184 CC francés—, contiene una resolución por incumplimiento claramente marcada por la decisiva intervención del juez que valora el incumplimiento y decide sobre una mayor concesión de plazo al deudor<sup>55</sup>. Las especialidades del Derecho español, respecto del Derecho francés, comienzan en el propio tenor del artículo 1124 CC que, apartándose de su precedente francés, confiere al acreedor una “facultad de resolver”. Esta modificación en su redacción, permite sostener que se ha debilitado el carácter necesariamente judicial que tiene la resolución prevista en el Código civil francés.

*a. La resolución por incumplimiento como efecto del acuerdo o de la sentencia*

[354] Dicho debilitamiento del carácter judicial de la resolución únicamente significa —según Montés— que la resolución debe ser sancionada por el juez salvo los casos en los que se produzca un acuerdo entre las partes o que se acepte por una parte a iniciativa de la otra<sup>56</sup>.

[355] Cuando las partes lleguen a un acuerdo sobre la resolución del contrato por incumplimiento, ésta tendrá lugar en el momento en que el deudor otorgue su conformidad (aunque, en dicho acuerdo, las partes

---

<sup>53</sup> MONTÉS PENADÉS, “Artículo 1124”, “Artículos 1.088 a 1.124 del Código Civil”, pp. 1171 a 1255, pp. 1198-1199; recientemente ha vuelto sobre el tema y se reafirma en sus conclusiones (“Prólogo”, p. 15).

<sup>54</sup> MONTÉS PENADÉS, “Artículo 1124”, p. 1227 y “Prólogo”, p. 15.

<sup>55</sup> MONTÉS PENADÉS, “Artículo 1124”, p. 1194 y 1200.

<sup>56</sup> MONTÉS PENADÉS, “Prólogo”, p. 15.

pueden fijar el momento que estimen oportuno para que tenga lugar la resolución, que si bien muchas veces coincidirá con el momento del acuerdo<sup>57</sup>, nada impide que se establezca un momento anterior o posterior al mismo<sup>58</sup>).

Por el contrario, si las partes no llegan a un acuerdo, el contrato subsistirá en tanto no haya una sentencia que declare su resolución.

Para ilustrar esta afirmación es útil volver sobre alguna de las sentencias ya mencionadas. Así, la STS de 19 de mayo de 1961 (*vid. supra* [341]) en un caso de compraventa en la que el vendedor anuncia la resolución por incumplimiento del comprador, y sin obtener su conformidad, dispone del objeto de la compraventa, declara que: “la resolución (...) no pudo surtir efectos jurídicos al no haber sido aceptada por el otro contratante, ni decretada por el Juzgado” por tanto, la actitud del vendedor disponiendo de los bienes vendidos constituye incumplimiento del contrato (todavía vigente).

Y la STS de 28 de marzo de 1996 (*vid. supra* [346]) de forma contundente defiende que si el deudor no acepta la declaración de resolución hecha por el acreedor, el contrato permanece vigente hasta que una sentencia declare su resolución.

[356] El requisito del acuerdo para la eficacia de la resolución lleva a plantear la cuestión de qué sucede cuando el acreedor manifiesta su voluntad de resolver el contrato y el deudor no contesta. En respuesta a esta cuestión, Montés afirma que la falta de contestación del deudor, supone que no existe resolución hasta que no la declare la sentencia<sup>59</sup>, aunque reconoce que habitualmente se afirma que el deudor puede aceptar la voluntad de resolver del acreedor admitiéndola no sólo de modo

<sup>57</sup> MONTÉS PENADÉS, “Artículo 1124 CC”, pp. 1225-1226: “En caso de acuerdo o conformidad, la resolución es efecto de este acuerdo y el momento también es éste.”

<sup>58</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, p.236; DELL’AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, p. 194.

<sup>59</sup> Lo cual le permite concluir que no cabe explicar el instituto de la resolución a través del recurso a manifestaciones tácitas o presuntas de la voluntad de las partes (MONTÉS PENADÉS, “Artículo 1124”, 1225).

expreso, sino implícitamente, al no verificarse una impugnación de la misma<sup>60</sup>.

**b. La intervención del juez en caso de resolución consentida**

[357] El reconocimiento de la resolución consentida como alternativa a la resolución judicial tiene consecuencias importantes respecto a la actividad del juez en caso de que intervenga.

Cuando existe acuerdo de las partes respecto de la resolución del contrato, si, eventualmente, se produce una intervención del juez (por ej. por discrepancias en cuanto a la interpretación del acuerdo o a los efectos derivados del mismo), ésta se limitará a constatar o declarar correctamente producida la resolución (sentencia declarativa)<sup>61</sup>.

Sin embargo, según señalan Montés y Álvarez Vigaray, la actividad del juez es muy distinta en caso de falta de acuerdo respecto de la resolución, pues en este caso, dicha actividad del juez está encaminada a pronunciar o establecer la resolución, a través, en este caso, de una sentencia constitutiva<sup>62</sup>.

En este sentido se pronuncian claramente las Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1961 (*vid. supra* [341]) y de 28 de marzo de 1996 (*vid. supra* [346]).

<sup>60</sup> MONTÉS PENADÉS, "Artículo 1124", p. 1227. OGÁYAR AYLLÓN parece defender que si el deudor no impugna la declaración de resolución hecha por el acreedor la está admitiendo implícitamente (*Efectos que produce la obligación bilateral*, p. 107).

<sup>61</sup> MONTÉS PENADÉS, "Artículo 1124", p. 1228.

<sup>62</sup> MONTÉS PENADÉS, "Artículo 1124", pp. 1224-1225; ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, p. 235.

En contra, CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, núm. 61 y 62.



**c. *Ius electionis* y *ius variandi* en la resolución consentida**

[358] Para finalizar con la descripción del régimen aplicable a la resolución consentida nos queda determinar la disponibilidad del *ius electionis* del acreedor entre la resolución y el cumplimiento; así como la posibilidad de abandonar la elección de remedios realizada (*ius variandi*).

[359] Conforme a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 1124 CC, el perjudicado por el incumplimiento “podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución”. Ello significa que la facultad de optar por la resolución le corresponde al acreedor en exclusiva; si bien, siguiendo a los defensores de la resolución consentida, para que dicha resolución opere sin intervención judicial, no basta con que el acreedor opte por este remedio sino que es necesario que recabe el consentimiento del deudor o bien que una sentencia declare la resolución.

[360] Además, respecto a la elección entre el remedio del cumplimiento y el remedio de la resolución que le corresponde al acreedor (*ius electionis*), el artículo 1124 CC en su segundo párrafo declara que “(t)ambién podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible”; es decir, contempla la posibilidad de que el acreedor cambie de opción (*ius variandi*).

La dicción del precepto ha llevado a la doctrina a defender que en Derecho español existe un *ius variandi* limitado<sup>63</sup>:

(1) Si el acreedor opta por el remedio del cumplimiento, sólo podrá cambiar de opinión y solicitar la resolución, cuando dicho

<sup>63</sup> Vid. por todos, CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, núm. 111.

**cumplimiento resulte imposible**<sup>64</sup>. Respecto a la existencia de cumplimiento imposible la doctrina lo ha interpretado en sentido amplio, admitiendo no sólo la imposibilidad física o jurídica sino también la frustración de la finalidad perseguida (por ej. por el excesivo retraso en el cumplimiento o por la negativa del deudor a cumplir<sup>65</sup>).

(2) En el caso de que el acreedor opte por la resolución ya no puede variar su opinión y exigir el cumplimiento<sup>66</sup>.

Por esta razón adquiere gran relevancia la respuesta a la pregunta de cuándo se entiende hecha la opción por la resolución. Para responder a ella vamos a distinguir según la elección tenga lugar dentro o fuera del proceso.

[361] En caso de **resolución sin intervención judicial**, mediante acuerdo de las partes, entendemos que ésta debe coincidir con la aceptación del deudor de la declaración de resolución; hasta entonces, en principio, el acreedor que ha optado inicialmente por la resolución puede cambiar de opinión y exigir el cumplimiento (*ius variandi*); únicamente estará vinculado al remedio elegido cuando así lo impongan las exigencias de la buena fe. Así, Álvarez Vigaray plantea la posibilidad de que el acreedor que ha realizado extrajudicialmente una declaración de resolución que no ha sido aceptada por el deudor, con posterioridad, acuda a los tribunales

<sup>64</sup> Apunta DELGADO que no se considera que el acreedor ha optado por el cumplimiento en el sentido del art. 1124.2 CC cuando simplemente ha realizado gestiones previas para cobrar (por ej. ha intimado al pago) sino que normalmente la opción por este remedio tiene lugar con la presentación de demanda de cumplimiento (núm. 127).

<sup>65</sup> Vid. CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, núm. 111; DELGADO, en Lacruz, *Elementos de Derecho civil*, II-1, núm. 127.

<sup>66</sup> En Derecho italiano, el acreedor también dispone del derecho de opción entre la resolución y el cumplimiento. En virtud del segundo párrafo del artículo 1453 CC italiano, si el acreedor opta por demandar la resolución, al igual que sucede en Derecho español, no puede cambiar de opinión y exigir el cumplimiento. Por el contrario, si en primer lugar opta por exigir el cumplimiento, mientras perdure el incumplimiento puede cambiar de opinión y exigir la resolución. Existe un *ius variandi* limitado pero

exigiendo el cumplimiento en lugar de insistir en la resolución<sup>67</sup>. Conforme a la tesis de la resolución consentida, esto es perfectamente admisible ya que la resolución no ha tenido lugar al faltar el consentimiento del deudor. La opción realizada por el acreedor no es más que una oferta para llegar a un acuerdo extrajudicial. Y su derecho de opción entre exigir la resolución o el cumplimiento sólo se extingue con la sentencia judicial.

En este sentido, la STS de 22 de junio de 1911 (*vid. supra* [342]) afirma de forma clara y contundente que el derecho de elección del que dispone el perjudicado por el incumplimiento, entre exigir el cumplimiento y la resolución, sólo desaparece cuando se realiza en la vía judicial o fuera de ella si se llega a **términos de obligada concordia**, de tal forma que aunque el acreedor haya declarado la resolución, si el deudor no la acepta, aquél puede optar por exigir judicialmente el cumplimiento.

Si el deudor ha accedido (de forma expresa o tácita) a la resolución, desaparece el derecho de opción del que disponía el acreedor y el contrato se resuelve irreversiblemente; sería necesario que las partes celebraran un nuevo contrato si quisieran quedar vinculadas, pues el contrato que las unía ha quedado resuelto.

[362] En caso de **ejercicio judicial del remedio resolutorio**, la resolución, según estos autores, no tiene lugar hasta que no la declare la sentencia<sup>68</sup>; lo cual les permite afirmar que el acreedor, que inicialmente ha

---

menos que en Derecho español, pues para cambiar de opinión no se exige que el cumplimiento haya devenido imposible.

<sup>67</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, p. 234.

<sup>68</sup> En este sentido son claras las palabras de ÁLVAREZ VIGARAY: "(...) la demanda de resolución lo que hace es poner en marcha el proceso en el que se va a discutir la procedencia de la resolución, pero no produce ésta, pues, la resolución sólo se verifica cuando el Tribunal pronuncia la sentencia declarando haber lugar a ella" (*La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, p. 200 y lo repite en la p. 235).

En contra de esta opinión, CLEMENTE MEORO sostiene que en caso de ejercicio judicial de la facultad resolutoria, la resolución se perfecciona con la presentación de la demanda resolutoria por parte del acreedor, a no ser que el acreedor ejercite de forma alternativa o subsidiaria el cumplimiento y la resolución, pues en ese caso la resolución será efecto de la sentencia que la declare [*La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, núm. 62 y 69 (sobre esta concepción del ejercicio judicial de la resolución volveremos *infra* capítulo I.III.B.

demandado la resolución, puede cambiar de opción y exigir el cumplimiento (como sucede, por ejemplo, en Derecho francés), pues el *ius variandi* sólo se extingue con la sentencia.

Sin embargo, esta opinión habría que matizarla en virtud de las normas que rigen el proceso en nuestro país, que determinan un momento, anterior al pronunciamiento de la sentencia, en el que el acreedor queda vinculado por la opción de remedios que ha realizado. En virtud de la prohibición del cambio de demanda (*mutatio libelli*), recogida en el artículo 412 LEC, una vez interpuesta la demanda solicitando la resolución, el acreedor que ha optado por ella, no puede cambiar de opinión y exigir el cumplimiento (art. 410 LEC)<sup>69</sup>.

Lo mismo se ha de predicar si el acreedor ha optado por exigir el cumplimiento si bien, aquí hay que hacer una salvedad; de acuerdo con lo previsto en el segundo párrafo del artículo 1124 CC, aunque el acreedor haya presentado una demanda exigiendo el cumplimiento puede cambiar de pretensión y exigir la resolución, cuando el primero haya resultado imposible.

Paralelamente, una vez que el acreedor ha presentado demanda de resolución, el deudor no puede enervar la acción resolutoria ofreciendo el cumplimiento a no ser que una norma especial se lo permita (v. gr. en caso de falta de pago de rentas o cantidades debidas por el arrendatario de finca urbana, conforme a lo previsto en el artículo 22.4 LEC, el arrendatario

<sup>69</sup> Así lo defendía OGÁYAR AYLLÓN estando vigente la anterior LEC (*Efectos que produce la obligación bilateral*, pp. 104-105). ÁLVAREZ VIGARAY se refiere al aforismo *electa una via non datur recursus ad alteram* (*La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, p. 216).

Cosa distinta es la posibilidad que tiene el actor de abandonar el proceso, que se conoce como desistimiento y que consiste en una declaración unilateral de voluntad por la que tiene por abandonado el proceso (sin que suponga una renuncia a la acción). A través de este acto, se termina el proceso dejando imprejuizado el fondo. Para que el desistimiento del actor sea válido no es necesario el consentimiento del demandado si éste no había sido emplazado para contestar a la demanda (art. 20.2 LEC); por el contrario, cuando éste ya hubiere sido emplazado para contestar se requiere su consentimiento para que el desistimiento produzca efectos. La razón es muy sencilla, en este caso, puede tener interés en que el proceso llegue a su fin y sea resuelto por sentencia (art. 20.3 LEC).

puede pagar al actor las cantidades debidas y enervar el desahucio)<sup>70</sup>. Cosa distinta es que, en determinados casos, los tribunales tengan en cuenta el ofrecimiento de cumplimiento realizado por el deudor con posterioridad a la presentación de la demanda para valorar la trascendencia del incumplimiento.

i. Semejanzas con el *ius electionis* y *ius variandi* en las acciones delicias

[363] La solución a la que llega la doctrina de la resolución consentida presenta muchas semejanzas con lo que se predicaba en el Código civil alemán anterior a la reforma de 2001 respecto al *ius electionis* y *ius variandi* de las acciones edilicias. De ahí el interés de su análisis pues nos sirve para clarificar, con carácter general, los límites del *ius variandi* y del *ius electionis* en el caso de que se exija que el perjudicado obtenga el consentimiento de la otra parte.

[364] Según preveía el § 462 BGB v. ant., cuando la cosa objeto de la compraventa presentaba un vicio del que había de responder el vendedor —en virtud de los §§ 459 y 460 BGB v. ant. — el comprador podía exigir la resolución de la compraventa<sup>71</sup> (*Wandelung*) o la reducción del precio<sup>72</sup> (*Minderung*). El comprador era libre de elegir uno u otro remedio<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> En otros ordenamientos se declara expresamente la imposibilidad de que el deudor cumpla una vez presentada la demanda de resolución, así, el artículo 1453 del CC italiano establece expresamente en su último párrafo que desde la fecha de la demanda el deudor no puede cumplir, y el artículo 6:269 del CC holandés declara que el ofrecimiento de cumplimiento realizado por el deudor una vez interpuesta la demanda de resolución no tiene efecto si se declara dicha resolución.

Para CLEMENTE MEORO la imposibilidad del deudor de enervar la resolución ofreciendo el cumplimiento procede del hecho de que la resolución se ha perfeccionado con la demanda (*La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, núm. 70).

<sup>71</sup> El § 462 BGB v. ant. emplea el término “Rückgängigmachung des Kaufes”.

<sup>72</sup> En el § 462 BGB v. ant. se hace referencia a una “Herabsetzung des Kaufpreises”.

<sup>73</sup> Westermann afirma que nos encontramos ante una concurrencia electiva (*elektive Konkurrenz*), de dos pretensiones distintas, que no se pueden hacer valer una junto a otra, aunque sí como principal y subsidiaria (WESTERMANN, H. P., “§ 465 BGB”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3, *Schuldrecht*, I, B.T., (§§ 433-606), 3ª ed., Munich, 1995, § 462.II.1, núm. 3).

[365] Para que uno de estos remedios (redhibición o reducción del precio) se llegase a aplicar, el comprador debía, en primer lugar, recabar la declaración de conformidad del vendedor con la procedencia de dichos remedios —técnicamente denominada pretensión de redhibición o reducción del precio (*Anspruch auf Wandlung oder Minderung*)— y, una vez que el vendedor había consentido, podía exigir las consecuencias jurídicas derivadas de uno u otro remedio —técnicamente denominadas pretensiones del comprador derivadas de la redhibición o de la reducción del precio (*Ansprüche aus —der Einigung über— Wandlung oder Minderung*)<sup>74</sup>. Lo que acabamos de exponer constituía la denominada *Teoría del contrato* (*Vertragstheorie*). Medicus denunciaba que, a pesar de que esta teoría era respetuosa con el tenor literal de la ley, llevaba a soluciones poco prácticas<sup>75</sup>. Efectivamente, a menudo sucedía que el vendedor no llegaba a un entendimiento con el comprador, en cuyo caso, el comprador tenía que realizar una doble reclamación, en primer lugar la relativa al consentimiento del vendedor conforme al § 465 BGB v. ant. y en segundo lugar, la relativa a las consecuencias jurídicas de la redhibición o de la reducción. Sin embargo la jurisprudencia, con un sentido práctico, consintió que el comprador reclamara directamente las consecuencias jurídicas de uno u otro remedio<sup>76</sup>. Lo cual permitía afirmar que, en el

<sup>74</sup> MEDICUS, *Schuldrecht*, II, B.T., 9ª ed., § 74. 3, núm. 56.

<sup>75</sup> MEDICUS, *Schuldrecht*, II, B.T., 9ª ed., § 74. 3, núm. 57.

<sup>76</sup> Según WESTERMANN, resulta especialmente llamativo el hecho de que la jurisprudencia no ha intentado justificar los resultados prácticos a los que ha llegado (WESTERMANN, “§ 462 BGB”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3, *Schuldrecht* I, B.T., (§§ 433-606), 3ª ed., § 462, núms. 5 y 7).

La doctrina ha intentado ofrecer una explicación a esta práctica jurisprudencial que se aparta del tenor literal de la ley. Para ello se han elaborado dos teorías:

(a) La denominada “Teoría de la producción” (*Herstellungstheorie*) conforme a la cual, el comprador puede directamente entablar una pretensión a las consecuencias jurídicas de la redhibición o de la reducción (reclamar la devolución de todo el precio en el primer caso, o sólo de parte del mismo en el segundo) sin haber obtenido previamente el consentimiento del vendedor (y sin haber ejercitado una pretensión de la redhibición o reducción.)

Derecho alemán anterior a la reforma de 2001, el comprador, aun sin haber obtenido previamente la conformidad del vendedor, podía hacer valer directamente las consecuencias jurídicas que se derivaban de la redhibición o de la reducción.

[366] Para determinar la posibilidad de un *ius variandi* del comprador era necesario distinguir tres casos:

(1) Si el comprador y el vendedor habían llegado a un acuerdo conforme al § 465 BGB v. ant. Dicho acuerdo producía el efecto de agotar el derecho de elección; antes del acuerdo, el comprador sólo estaba vinculado al remedio elegido en primer lugar si así se derivaba del principio de buena fe (por ejemplo, cuando con el ejercicio del *ius variandi*, producía un perjuicio inaceptable en el vendedor)<sup>77</sup>.

(2) Si el comprador acudía al proceso sin haber recabado el consentimiento del vendedor, sólo con la sentencia judicial se pondría fin al *ius variandi* del comprador<sup>78</sup>.

---

(b) La "Teoría de la redhibición como acto judicial constitutivo" (*Theorie von der Wandlung als richterlichem Gestaltungsakt*), según la cual la sentencia judicial sobre las consecuencias de la redhibición o de la reducción, puede sustituir el acuerdo del vendedor. La sentencia transforma el contrato de compraventa en una relación de liquidación de los efectos del contrato. (Respecto de esta teoría, muestra Westermann que se plantean problemas para su explicación cuando la redhibición o la reducción de precio se hacen valer a través de una excepción (Westermann, "§ 462 BGB", núm. 6).

MEDICUS denuncia que ambas teorías se encuentran con dificultades, al introducir una ruptura en la construcción desarrollada por el BGB (MEDICUS, *Schuldrecht*, II, B.T., 9ª ed., § 74. 3, núm. 58 y 59).

<sup>77</sup> MEDICUS, *Schuldrecht*, II, B.T., 9ª ed., 1999, § 74. 3, núm. 57.

<sup>78</sup> MEDICUS, *Schuldrecht*, II, B.T., 9ª ed., § 74. 3, núm. 59.

Conforme a la opinión general, el cambio de la redhibición a la reducción del precio una vez iniciado el proceso es posible, y supone un cambio de demanda (*Klageänderung*). La posibilidad del *ius variandi* desaparece con la sentencia que transforma el contrato de compraventa en las consecuencias derivadas de la redhibición o de la *quantum minoris*. Según señala, Westermann, la desestimación en una sentencia firme de una demanda que contiene una de las pretensiones, no impide que en una segunda demanda nueva se haga valer la otra pretensión. (WESTERMANN, "§ 465 BGB", en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3, *Schuldrecht*, I, B.T., (§§ 433-606), 3ª ed., § 465.III.2, num. 11 y § 462 núm. 8).

(3) El comprador perdía la posibilidad de recurrir al remedio redhibitorio si transcurría el plazo prudencial que le otorgaba el vendedor para que declarase si iba a exigir la redhibición; finalizado dicho plazo no podía hacer valer este remedio (§ 466 BGB v. ant.)<sup>79</sup>.

[367] Esta solución no es muy diferente a la defendida actualmente en Derecho español respecto de las acciones especiales de compraventa. Así, en caso de vicios ocultos, el artículo 1486 CC otorga al comprador dos remedios: la acción redhibitoria ("desistir del contrato") y la acción *quantum minoris* ("reducir una cantidad proporcional del precio")<sup>80</sup>. La doctrina ha hecho especial hincapié en aclarar que el ejercicio del saneamiento se concreta "alternativamente" en uno de estos dos remedios, a elección del comprador. Esta facultad de optar que se otorga al comprador, tal y como afirma Morales Moreno, pone de manifiesto que el supuesto de hecho de ambas acciones es el mismo<sup>81</sup>; el comprador lo que hace es elegir el remedio que más le conviene<sup>82</sup> (*ius electionis*). Sin embargo, la cuestión

<sup>79</sup> § 466 BGB v. ant.: "Behauptet der Käufer dem Verkäufer gegenüber einen Mangel der Sache, so kann der Verkäufer ihn unter dem Erbieten zur Wandelung und unter Bestimmung einer angemessenen Frist zur Erklärung darüber auffordern, ob er Wandelung verlange. Die Wandelung kann in diesem Falle nur bis zum Ablaufe der Frist verlangt werden."

<sup>80</sup> Artículo 1486 I CC: "En los casos de los dos artículos anteriores, el comprador podrá optar entre desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicios de peritos."

<sup>81</sup> MORALES MORENO, A.M., "Artículo 1486 CC", en *Comentario del Código civil*, II, 2ª ed., dirigido por R. Bercovitz, L. Díez-Picazo, C. Paz-Ares, P. Salvador, Madrid, 1993, p. 961); LLACER MATA CÁS, insiste en que ambas acciones o pretensiones (en sentido sustancial no procesal) se generan alternativamente, porque a pesar de tener distinto contenido, "tienden a solventar la misma necesidad", de modo que el interesado puede optar entre ellas y exigir la que más le convenga (LLACER MATA CÁS, M.R., *El saneamiento por vicios ocultos en el Código Civil: su naturaleza jurídica*, Barcelona, 1992, pp. 199-200). De *lege ferenda*, PANTALEÓN propone que la acción redhibitoria quede absorbida por la resolución por incumplimiento (sentado que esta última no exige la imputabilidad del incumplimiento), de tal forma que el comprador sólo disponga de ella en los supuestos de verdadera entidad del vicio, dejando la *quantum minoris* para los supuestos de menor entidad del vicio, (con lo que ambos remedios dejarían de tener el mismo presupuesto). (PANTALEÓN, "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", A.D.C., 1993, pp. 1719 a 1745, pp. 1723-1724).

<sup>82</sup> MORALES MORENO, apunta que frente a la amenaza que esto implica para la estabilidad de los contratos, ofrece la ventaja de ser la fórmula que mejor protege los intereses reales del comprador ("Artículo 1486 CC", en *Comentario del Código civil*, II, p. 961).

FENOY PICÓN, denuncia que es muy frecuente que, elegida una de las acciones, el otro contratante se oponga alegando que la procedente era la no elegida, (como si cada acción tuviera un supuesto de aplicación diferente). Pone como ejemplo la STS de 25 de enero de 1987. En el caso



acerca de hasta qué momento puede el comprador optar por uno de los remedios, o si elegido uno de ellos puede abandonarlo y optar por el otro, parece carecer de interés para la doctrina. Son muy escasos los pronunciamientos al respecto, y no es fácil encontrar sentencias relativas a la cuestión.

Morales Moreno afirma que esta facultad de optar se consume "tras su ejercicio en el proceso", de tal forma que las reclamaciones previas al proceso dirigidas a la pretensión correspondiente a una u otra acción no implican aún ejercicio de la opción<sup>83</sup>. Ahora bien, se agota la facultad de optar por una de estas acciones cuando el comprador renuncia al ejercicio de una de ellas<sup>84</sup>, o cuando declarada por el comprador la opción por uno de los remedios, el vendedor la acepta. Así lo corrobora la STS de 20 de noviembre de 1991<sup>85</sup>.

En el caso resuelto por esta sentencia, las partes habían celebrado un contrato de compraventa de unas conservas vegetales que resultaron no ser aptas para su consumo. El comprador comunicó al vendedor el carácter defectuoso de la mercancía; este último reconoció los vicios y admitió la resolución contractual, comprometiéndose, además, a reparar los daños ocasionados. Sin embargo, un tiempo después, el vendedor

---

resuelto por dicha sentencia, el comprador había elegido la redhibitoria y el vendedor se opuso alegando que la procedente era la *quantum minoris* atendiendo a la calificación de los defectos alegados. El TS declara que el derecho de opción entre tales acciones es del comprador, no condicionándose la elección a la mayor o menor gravedad del defecto. (FENOY PICÓN, N., "STS de 18 de abril de 1995. Contrato de obra. Su distinción con la compraventa. *Causa petendi*: principio de sustanciación. Defectos en la cosa. Posibilidad de repararlos. Acción resolutoria del artículo 1124.I CC. Incumplimiento en el contrato", C.C.J.C., núm. 39, septiembre/diciembre 1995, pp. 977 a 995, p. 993).

<sup>83</sup> MORALES MORENO, "Artículo 1486", p. 961. Aunque, en determinados casos, el ejercicio extrajudicial de una de las dos opciones, vincula al comprador, de tal forma que no puede después variar su elección, así será cuando lo impongan las exigencias de la buena fe (*vid.* MORALES MORENO, "El alcance protector de las acciones edilicias", A.D.C., 1980, pp. 585 a 686, p. 631).

RIVERO HERNÁNDEZ en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de Obligaciones*, vol. 2º, *Contratos y cuasicontratos delicto y cuasidelito*, por Lacruz, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echeverría, Rivero Hernández y Rams Albesa, nueva ed., Madrid, 1999, § 81, p. 50 apunta que se trata de "Dos acciones distintas puestas a disposición del comprador, entre las que puede optar, pero ejercitada una, excluye la otra (e incluso, rechazada una, no se puede ejercitar la otra, a menos que sea por otro vicio distinto). Además, elegida una de aquéllas, tal opción es irrevocable, en el sentido de que comunicada la elección del comprador al vendedor, no podrá ser revocada por aquél sino en los términos del art. 1124-2º, aplicable aquí por analogía". Cita: STS de 10 de febrero de 1956 y 4 de febrero de 1959 que no nos ha sido posible localizar.

<sup>84</sup> MORALES MORENO, "Artículo 1486", p. 961.

<sup>85</sup> STS de 20 de noviembre de 1991 (RA 8469; Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete).

presentó demanda solicitando el pago del precio no satisfecho, a lo que el comprador reconvino pidiendo la devolución de la parte del precio entregada.

El TS casa parcialmente la sentencia que desestimaba la demanda y la reconvención y condena al vendedor a devolver la parte del precio que se le había entregado. En su decisión juega un papel fundamental el hecho de que el vendedor hubiese reconocido la existencia de defectos y hubiese consentido la resolución, estimando que en esas circunstancias carecía de sentido el ejercicio de la acción correspondiente (el vendedor alegaba que había prescrito el plazo de ejercicio de la acción redhibitoria). En el fundamento de Derecho cuarto afirma: "si ambas partes han consentido la resolución del contrato, la acción redhibitoria, como tal, carece de interés y causa y, por ello, las posteriores posibles contiendas destinadas a establecer los conceptos y las cuantías reparatorias o indemnizatorias de los daños y perjuicios no están sometidas a reglas especiales de plazo para el ejercicio de la reclamación judicial"<sup>86</sup>.

De lo expuesto, podemos concluir que el artículo 1486 CC recoge un derecho de opción a favor del comprador entre dos pretensiones: puede acudir al juez y solicitar la redhibición del contrato o la reducción del precio. Así parece reconocerlo García Goyena cuando recurre al Digesto XXI, I, 18 para justificar esta elección<sup>87</sup> (Digesto XXI, I, 18: "... aut redhibitorio, aut aestimatorio, id est quanto minoris iudicio agere potest."). La opción entre una y otra se agota una vez que se ejercita en el proceso y lo declara una sentencia con efecto de cosa juzgada, hasta

<sup>86</sup> Al hilo de la cuestión, FENOY PICÓN afirma que, en casos como éste, el Tribunal Supremo se encuentra con problemas de interpretación de conductas. Señala esta autora que es frecuente que una vez que se constata la existencia de defectos en la mercancía, las partes intenten solucionar el conflicto de manera amistosa, "suele el vendedor, tanto tranquilizar al comprador (...) cuanto hacer reconocimientos, cuyo alcance preciso no está claro", de tal forma que si el vendedor se limita a reconocer el carácter defectuoso de la mercancía, el comprador no tendrá que probar la existencia del vicio pero deberá ejercitar las acciones previstas en el art. 1486 CC. Aunque, —puntualiza—, también es posible que el vendedor no sólo reconozca la existencia de los defectos, sino que además, consienta la resolución del contrato, en cuyo caso no es necesario ejercitar la acción redhibitoria en el proceso. (FENOY PICÓN, N, "STS de 20 de noviembre de 1991. Compraventa mercantil. Vicios ocultos. Plazo de denuncia y plazo de ejercicio de acciones. *Aliud pro alio*. Reconocimiento por el vendedor del carácter defectuoso de la mercancía, admisión de la resolución del contrato, y compromiso de reparación de los posibles daños sufridos por el comprador", *C.C.J.C.*, núm. 28, enero-marzo 1992, pp. 23 a 33, en concreto, pp. 32 a 33).

<sup>87</sup> GARCÍA GOYENA, *Concordancias, motivos y Comentarios del Código civil español*, p. 751).

García Cantero afirma que nos encontramos ante un supuesto de "curso o acumulación alternativa de dos acciones", (GARCÍA CANTERO, "Artículos 1484 a 1490 CC", *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, "Artículo 1445 a 1541 del Código Civil", 2ª ed., p. 375).

ese momento, no se extingue el derecho de elección; cosa distinta es que las normas que rigen el proceso civil en nuestro país impidan la *mutatio libelli*, de no ser así, no habría inconveniente en que el comprador cambiara de remedio a lo largo del proceso. Además, existe una opinión común que sostiene que denegada una de las acciones, la sentencia tiene efecto de cosa juzgada frente a un proceso en el que se pretendiera hacer valer la otra acción<sup>88</sup>.

## 2. Naturaleza jurídica de la resolución consentida

[368] Montés contempla la resolución extrajudicial como una “resolución convencional”, entendida como negocio extintivo que exige que concurra el consentimiento del deudor, como si de un contrato se tratara.

Y, en efecto, es perfectamente válido y posible que las partes celebren un contrato con objeto de extinguir un contrato previo. Nadie discute hoy en día la licitud y validez en nuestro ordenamiento de un contrato de este tipo; en este punto, hacemos nuestras las palabras de Dell’Aquila: “Así como es valedero un contrato por medio del cual, por ejemplo, dos partes han celebrado una compraventa, por motivos análogos el ordenamiento reputa valedero también el contrato por medio del cual las partes desean desvincularse de las obligaciones asumidas con la compraventa”<sup>89</sup>.

<sup>88</sup> La unidad del supuesto de hecho y del plazo de ejercicio de ambas acciones impone admitir que la fuerza de cosa juzgada que conlleva la sentencia en que se haya ejercitado una de estas acciones alcanza a la otra. (Así lo afirma MORALES MORENO, en “El alcance protector de las acciones edilicias”, *A.D.C.*, 1980, pp. 585 a 686, p. 631).

LLÁCER MATA CÁS afirma que el ejercicio y consecución de una de las dos acciones, “(...) impide ejercer la otra porque la finalidad buscada por el Ordenamiento jurídico ya ha sido alcanzada: en este sentido, diremos que ambas pretensiones se excluyen entre sí (*El saneamiento por vicios ocultos en el Código civil: su naturaleza jurídica*, p. 199).

<sup>89</sup> DELL’AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, p. 194.

Ahora bien, una cosa es un contrato “resolutorio”, o en palabras de algunos autores “resolución convencional”, y otra cosa distinta es la resolución por incumplimiento prevista en el artículo 1124 CC, que no es el efecto de un nuevo contrato, sino la extinción del contrato por el acaecimiento del incumplimiento y la voluntad del acreedor de hacer valer ese remedio —cuestión diferente es si resulta necesario que junto a la voluntad del acreedor de resolver concorra una sentencia que declare la resolución o basta con que el deudor se allane a la resolución—. En este sentido, el reconocimiento por el deudor de que ha existido un incumplimiento y de que procede el remedio resolutorio ejercitado por el acreedor no es más que admitir la procedencia del remedio resolutorio ejercitado por el acreedor.

**a. Distinción de la resolución consentida con otras figuras afines**

[369] Consideramos que la distinción entre la resolución consentida y otras figuras afines puede servirnos para aclarar cuál sea la naturaleza jurídica de aquélla.

**i. Resolución consentida *versus* desistimiento mutuo**

[370] En primer lugar, se hace necesario distinguir la resolución por incumplimiento y su ejercicio sin intervención judicial del **desistimiento mutuo** del contrato.

El desistimiento mutuo o mutuo disenso carece de regulación legal pero podría ser definido como un negocio jurídico extintivo de la relación. Es un acuerdo de las partes dirigido a dejar sin efecto una relación

obligatoria<sup>90</sup>: “ambas partes en uso de la autonomía de la voluntad, pueden, si no lo impide la ley y no causan perjuicio a tercero, desligarse de las obligaciones previamente asumidas por ellas, el concurso de voluntades puede deshacer lo por ellas realizado”<sup>91</sup>.

[371] La resolución consentida, tal y como la define Montés, puede parecer en un primer momento un mutuo disenso, porque en ambas figuras está presente la voluntad de las partes y ambas producen la destrucción de los efectos de un contrato válidamente celebrado<sup>92</sup>. En caso de mutuo disenso la extinción del contrato tiene lugar a través de un nuevo contrato (acuerdo de voluntades) y en caso de resolución por incumplimiento, la extinción del contrato tiene lugar por la voluntad del acreedor de resolver y el consentimiento del deudor a dicha resolución. Sin embargo, en el segundo caso, no se trata realmente de un acuerdo de voluntades, sino de un aquietamiento del deudor a la voluntad resolutoria del acreedor. La sentencia de 5 de julio de 1980<sup>93</sup> viene a poner de manifiesto tal cosa.

<sup>90</sup> NÚÑEZ BOLUDA, afirma que la razón por la cual nuestro CC no regula la figura del *mutuo disenso* entre las causas de extinción de las obligaciones es muy sencilla. Esta figura aparecía en el artículo 1086 del Proyecto de 1851, incluida entre las causas de extinción de las obligaciones, y García Goyena ya afirmaba entonces que era evidente que si los contratos se perfeccionaban por el simple consentimiento, debían disolverse por el “mutuo disenso”. Es fácilmente explicable que su mención expresa desapareciera en la redacción del Código, porque la Base XVIII del Proyecto de Ley de Bases (futura Base XIX) ordenaba la simplificación de los modos de extinguir las obligaciones, reduciéndolos a aquéllos que tengan una esencia diferente y sometiendo los demás a las doctrinas admitidas” (NÚÑEZ BOLUDA, M.D., *El mutuo disenso*, Madrid, 1996, p. XV)

<sup>91</sup> Vid. NÚÑEZ BOLUDA, *El mutuo disenso*, p. 8. Esta autora reconoce que la doctrina se encuentra dividida entre los que entienden que el mutuo disenso sólo es aplicable a los contratos que todavía no se han consumado (mutuo en sentido estricto), y los que defienden que es posible el mutuo disenso en los contratos ya consumados (mutuo en sentido amplio). Si bien se decanta por el reconocimiento únicamente del mutuo disenso en sentido estricto porque, sostiene, la posibilidad de un convenio entre las partes para borrar un acuerdo previo, cancelar unas obligaciones que les vinculan y suprimir los recíprocos deberes de prestación, sólo es posible cuando todavía no se ha consumado, pues consumado el contrato, y por ende extinguido, es incorrecto hablar de mutuo disenso: no se puede volver a extinguir lo ya extinguido si las partes pretenden retrotransmitirse las prestaciones ya realizadas, pueden hacerlo, conforme a la autonomía de la voluntad, pero no es un mutuo disenso sino un contrato nuevo, independiente, y de signo inverso al primitivamente otorgado (pp. 160-163).

<sup>92</sup> NÚÑEZ BOLUDA, *El mutuo disenso*, p. 117.

<sup>93</sup> STS de 5 de julio de 1980 (RA 3085; Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García).

La mencionada sentencia, estima que en el caso enjuiciado existía una resolución por incumplimiento, que había tenido lugar por declaración extrajudicial de resolución realizada por el vendedor, y el aquietamiento del comprador. El TS afirma: “que si el incumplidor se aviene a la declaración unilateral de la otra parte optando por la resolución y la acepta tácitamente, puede entenderse que la declaración recepticia del acreedor no difiere sustancialmente en sus efectos de la resolución convencional, a pesar de que no haya nacido un negocio en tal sentido, esto es, acordándola”(Cdo. segundo), pero aclara que “no da por existente una resolución convencional en su precisa significación de acuerdo de los otorgantes dirigido a cancelar los efectos del contrato de compraventa a la manera de una propia disolución por mutuo disenso”, sino un aquietamiento del deudor a la resolución por incumplimiento declarada por el acreedor (Cdo. tercero).

[372] Numerosas decisiones jurisprudenciales ponen de manifiesto que, de hecho, ambas figuras **se excluyen mutuamente**, de tal forma que si la situación planteada constituye un caso de mutuo disenso, no puede considerarse que haya tenido lugar la resolución por incumplimiento prevista en el artículo 1124 CC.

Así sucede en las sentencias del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1979<sup>94</sup> en cuyo Considerando tercero se desestima el motivo que alega inaplicación del artículo 1124 CC “al hacer supuesto del incumplimiento contractual con olvido que ha quedado firme la declaración del Tribunal “a quo” de la existencia del mutuo disenso, que excluye la aplicación de la resolución contractual”; de 15 de enero de 1982<sup>95</sup> que confirma la sentencia que declara no haber lugar a la resolución del contrato de arrendamiento de finca rústica, por haber sido éste resuelto en su día por mutuo acuerdo entre las partes y de 8 de junio de 1994<sup>96</sup>, en cuyo Fundamento de Derecho quinto el TS alega

<sup>94</sup> STS de 12 de diciembre de 1977 (RA 4135; Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Bonet Ramón).

<sup>95</sup> STS 15 de enero de 1982 (RA 304; Ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso).

<sup>96</sup> STS 8 de junio de 1994 (RA 4902; Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López).

que no se vulnera el artículo 1124 CC por falta de aplicación cuando se estima que el contrato de exclusiva se resolvió por acuerdo entre las partes al quedar probada “la conformidad de las partes en la intención de dar por resuelta la exclusiva”.

[373] La razón principal para afirmar la incompatibilidad de ambas instituciones se encuentra en las importantes diferencias que existen entre resolución por incumplimiento y mutuo disenso:

(1) El presupuesto de una y otra es distinto. Mientras que la resolución aquí contemplada tiene como presupuesto la **existencia de un incumplimiento** en el marco de una relación obligatoria sinalagmática; el mutuo disenso se basa exclusivamente en la voluntad de las partes que celebran un negocio jurídico (no depende de ningún acontecimiento sobreviniente, sino de la voluntad de las partes de dejar sin efecto la relación obligatoria).

Así la STS de 26 de noviembre de 1980<sup>97</sup> en el marco de un contrato de obra afirma que “el contrato se resolvió por un desistimiento mutuo respecto de la terminación de la obra a ejecutar”. El TS declara que no se ha infringido el artículo 1124 CC (tal y como pretende el recurrente alegando su violación por inaplicación), porque “no se está en presencia de ningún supuesto subsumible en el artículo 1124 del Código civil, puesto que dicha resolución no establece incumplimiento por parte del demandante, sino de una situación creada por mutuo acuerdo de la cesación de los efectos del contrato”. Lo cual justifica, que no se aplique el artículo 1124 CC, sino la normativa propia del mutuo disenso, con lo que no sólo no se condena al demandante a la indemnización de daños y perjuicios, sino que, además, se le reconoce el derecho a reclamar lo que él gastó como consecuencia del arrendamiento de obra<sup>98</sup>.

<sup>97</sup> STS de 26 de noviembre de 1980 (RA 4213; Ponente: Excmo. Sr. D. José María de la Bárcena y López).

<sup>98</sup> Lo mismo sucede en otras sentencias recogidas por NÚÑEZ BOLUDA (*El mutuo disenso*, pp. 66 y 67). Así, en la STS de 11 de febrero de 1982 (RA 588; Ponente: Excmo. Sr. D. José María Gómez de la Bárcena y López), también se declara que no se está ante un caso de incumplimiento, sino de abandono mutuo del primitivo contrato, a través de un tácito y mutuo desistimiento que se presume a partir del hecho de que con posterioridad a la fecha en que aquél debió consumarse las partes entran en nuevos contratos, y buscan otra forma contractual, con lo que evidencian dicho abandono. Y la STS de 26 de diciembre de 1991 (RA 9603; Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz) no admite el recurso en el que

Lo que acabamos de exponer no impide afirmar que un contrato amenazado de resolución —por existir incumplimiento de una de las partes— puede extinguirse por mutuo disenso si así lo deciden las partes; en ese caso sus efectos son los propios del mutuo disenso, sin que resulten de aplicación las normas previstas para la resolución por incumplimiento<sup>99</sup>.

Un ejemplo de lo apuntado lo encontramos en la STS de 7 de marzo de 1985<sup>100</sup>. Las partes habían celebrado un contrato de compraventa de un inmueble con una cláusula resolutoria para el caso de falta de pago del precio por parte de los compradores y se pactaba que en caso de resolución, éstos perderían las cantidades entregadas hasta el momento.

Los compradores incumplieron el contrato dando lugar al protesto y renovación de letras y expidieron en varias ocasiones cheques sin fondos. Ante esta situación los vendedores requirieron a los compradores para llegar a un acuerdo, que se llevó a cabo en documento privado. En él se establecía la renuncia al contrato, por parte de los compradores, la devolución de las llaves del piso en un plazo de 7 días y, por parte de los vendedores, la devolución de las cantidades percibidas en concepto de precio. Dicho convenio fue incumplido por los compradores, y planteado litigio. El TS declaró lo siguiente: “lo pactado en el relacionado documento privado (...) precisamente evitó a los compradores (...) el mayor mal que podía producirse, por causa de incumplimiento de su obligación de pago, de que los vendedores (...) actuando con base en el contrato inicial de compraventa (...) que fue

---

se sostenía la existencia de incumplimiento, por entender que existía una extinción del primitivo contrato por mutuo disenso.

<sup>99</sup> En este sentido CLEMENTE MEORO apunta que es posible que habiendo incumplimiento las partes pongan fin a la relación contractual con independencia del mismo, en cuyo caso no habrá resolución sino mutuo disenso (*La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, p. 131 nota al pie núm. 14). Con anterioridad, OGÁYAR AYLLÓN también había defendido esta posibilidad: “(...) producido el incumplimiento, pueden los contratantes, en vez de instar la resolución o el cumplimiento, convenir desligarse de la obligación mediante una resolución convencional (...) la posibilidad de la resolución convencional, su admisibilidad, no puede ponerse en duda, pues el ordenamiento reputa válido el contrato por el que las partes acuerdan desvincularse de las obligaciones asumidas en otro anterior (*Efectos que produce la obligación bilateral*, p. 102). NÚÑEZ BOLUDA sostiene que en estos supuestos, los efectos del mutuo disenso, son semejantes a los que se producen por el ejercicio de la facultad resolutoria porque las partes han de restituirse lo que hubiesen percibido, sin perjuicio de tercero, si bien, “la aplicación del mutuo disenso ha de producir una mayor agilidad en las restituciones o en las indemnizaciones restitutorias, y desde luego menores gastos.” (*El mutuo disenso*, pp. 27-28).

<sup>100</sup> Comentada por GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., si bien el comentario se centra en la cuestión de si concurrían los requisitos de la intimidación (“STS de 7 de marzo de 1985. Resolución por pacto de contrato de compraventa. Intimidación con ejercicio de acción judicial. Ejercicio correcto de un derecho”, C.C.J.C., núm. 8, abril/agosto, 1985, pp. 2479 a 2486).



dejado sin efecto por el expresado documento privado (...) hubieran acudido a la solución resolutoria a que les autorizaba el artículo 1504 del Código civil, con los consiguientes efectos ampliamente perjudiciales para los citados compradores”<sup>101</sup>.

(2) Resolución por incumplimiento y mutuo disenso tienen distinto ámbito de aplicación. Mientras que el mutuo disenso es aplicable, con carácter general, a todos los contratos, la resolución prevista en el artículo 1124 CC sólo lo es para los **contratos sinalagmáticos** o con prestaciones recíprocas.

(3) En cuanto a los efectos, con carácter general se predica que la resolución por incumplimiento tiene **efecto retroactivo** (aunque esto debe ser puntualizado), mientras que la extinción del contrato por mutuo disenso produce sus efectos *ex nunc* (aunque nada impide que conforme a la voluntad de las partes tenga efectos retroactivos).

(4) Y, por último, queda señalar que la resolución por incumplimiento puede dar lugar a una **indemnización de daños y perjuicios** a favor del acreedor perjudicado por el incumplimiento, cosa que no sucede en el ámbito del mutuo disenso. Como hemos visto en la

<sup>101</sup> La posibilidad de que las partes opten por extinguir el contrato a través del mutuo disenso, aún existiendo un incumplimiento contractual que permite acudir a la resolución del contrato por incumplimiento hace que en ocasiones se haga necesario averiguar cuál ha sido la voluntad de las partes.

En el caso resuelto por la STS de 17 de junio de 1986, el demandante afirma en su demanda: “que ante la persistente actitud de los demandados (habían comunicado en dos ocasiones su voluntad de resolver el contrato por incumplimiento del demandante) y su negativa a facilitar los datos contables y fiscales solicitados por el demandante, éste se ve jurídicamente forzado a acceder a la resolución de los contratos (...) conforme a la voluntad de los demandados”. En el suplico de la demanda pide que se declare que los contratos quedaron resueltos en virtud de los dos requerimientos realizados por los demandados y la voluntad manifestada por el actor en la demanda. Como apunta DELGADO ECHEVERRÍA (“STS de 17 de junio de 1986. Resolución: efectos, retroactividad, indemnización, intereses, mejoras”, *C.C.J.C.*, núm. 11, 1986, pp. 3373-3788, p. 3780 y 3781) caben tres vías de interpretación de la declaración del demandante: (1) entenderla como un reconocimiento del actor de su propio incumplimiento, suficiente para la resolución; (2) como resolución por su parte, por incumplimiento de los demandados; (3) como aceptación de una resolución convencional, que producirá la extinción del contrato por mutuo disenso. El TS resuelve la cuestión por la vía del artículo 1124 CC y este hecho es interpretado por Delgado en el sentido de que se decanta por la resolución por incumplimiento, y no por estimar la existencia de una resolución convencional o por mutuo disenso.

STS de 26 de noviembre de 1980, cuando el órgano judicial declara la existencia de un convenio de mutuo disenso, desaparece la idea de incumplimiento contractual y no procede la indemnización de daños y perjuicios.

Así se puede constatar en la STS de 14 de octubre de 1978<sup>102</sup> en la que los vendedores de un piso solicitan en su demanda la devolución del piso y la indemnización de daños por el uso del mismo por parte de los compradores demandados.

El TS confirma la sentencia recurrida que considera que el contrato de compraventa se había resuelto de mutuo acuerdo y condena a los demandados a la puesta a disposición de los vendedores de la vivienda y a la indemnización solicitada por el uso de la misma porque considera que esta **“rescisión de mutuo acuerdo”** no es un **“mutuo disenso”**, sino **“el simple aquietamiento del comprador ante la acción resolutoria del vendedor”** originada por la falta de pago del comprador, **“una resolución consentida”** no un **“mutuo disenso”**.

Otras sentencias que abundan en esta línea son:

La STS de 5 de noviembre de 1982<sup>103</sup> se refiere a un contrato de obra, por el cual la contratista se obligaba a realizar las obras de construcción de una planta de elaboración de productos lácteos, pactándose expresamente que eran de cuenta de la comitente las licencias y autorizaciones administrativas de todo orden. El ayuntamiento ordenó la paralización de las obras por la falta de obtención de las licencias. Ante este hecho, la contratista, afirma que la comitente había hecho imposible la ejecución del contrato al incumplir sus obligaciones y le comunica por conducto notarial que **“ha decidido resolver dicho contrato al amparo de lo establecido en el artículo 1124 CC...”**. Con posterioridad, el Ayuntamiento dispone que quede sin efecto la orden de suspensión de las obras. La comitente requiere a la contratista para que continúe con los trabajos, pero ésta responde que **“se atiene totalmente a las decisiones adoptadas y notificadas en forma a la entidad requirente”**, es decir, reitera la resolución que ya había comunicado anteriormente de manera formal. Ambas partes admiten que se ha operado la resolución del contrato y se reclaman mutuamente indemnización de daños y perjuicios.

El TS reconoce la resolución extrajudicial y condena a la comitente a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. En el Considerando tercero de la sentencia afirma: **“ha existido resolución convencional ante el incumplimiento de la empresa comitente (consta probado que reconoció la resolución declarada por la contratista puesto que se avino a practicar la liquidación de la obra ejecutada hasta**

<sup>102</sup> STS de 14 de octubre de 1978 (RA 3074; Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Prieto Delgado).

<sup>103</sup> STS de 5 de noviembre de 1982 (RA 6528; Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García).

el momento) surgiendo un acuerdo dirigido a cancelar los efectos del contrato, figura de gran similitud a la disolución del negocio bilateral por mutuo disenso, pero con la posibilidad del ejercicio de una pretensión indemnizatoria frente al sujeto incumplidor.”

La STS de 30 de diciembre de 1993<sup>104</sup> en la que el TS declara aplicable el artículo 1124 del CC a un contrato de compraventa de un piso en el que la compradora, sin haber tomado posesión del inmueble vendido, recibe de la vendedora, “en concepto de devolución... por no ser procedente”, la parte del precio que le tenía entregado. Desestima la pretensión principal de la compradora que pretende el cumplimiento del contrato y estima la pretensión subsidiaria formulada por ella, de tal forma que tiene por resuelto el contrato de compraventa por incumplimiento del vendedor (no entregó la posesión del piso) y le condena a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados<sup>105</sup>.

Por último, en la STS de 30 de junio de 1994<sup>106</sup>, se afirma que el allanamiento de una parte a la resolución unilateral no es un mutuo disenso. En el caso en cuestión existía un allanamiento del incumplidor a la resolución unilateral, y el TS no sólo condena al reintegro de las prestaciones recíprocas que se habían entregado, sino que además, condena al comprador como incumplidor, a pagar la suma que solicita el actor en concepto de indemnización por incumplimiento.

[374] En definitiva, como acertadamente resalta Núñez Boluda, podemos concluir que el mutuo disenso precisa de un segundo contrato nuevo, celebrado a continuación del inicial, para extinguir las obligaciones contraídas<sup>107</sup>; sin embargo, la resolución por incumplimiento, parte de la atribución a una de las partes de la relación obligatoria, de una facultad de “dar por terminada la relación, que se basa en la concurrencia del supuesto previsto legalmente como causa de resolución: «el incumplimiento»” y el consentimiento del deudor implica simplemente reconocer que dicha resolución es procedente.

<sup>104</sup> STS de 30 de diciembre de 1993 (RA 9910; Ponente: Excmo. Sr. D. Luis Martínez-Calcerrada y Gómez).

<sup>105</sup> Fundamentos de Derecho quinto y sexto.

<sup>106</sup> STS de 30 de junio de 1994 (RA 5332; Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda).

<sup>107</sup> NÚÑEZ BOLUDA, *El mutuo disenso*, p. 117.

## ii. Resolución consentida *versus* transacción

[375] Álvarez Vigaray reconoce que existe una gran similitud entre la resolución por acuerdo de las partes (en virtud del art. 1124 CC) y un contrato de **transacción**, porque en ambos casos se pone fin a la incertidumbre de las partes respecto de la relación jurídica existente entre ellas. Concretamente, en el caso de la resolución consentida se “pone fin a las dudas que únicamente la sentencia que se dictara en un juicio de resolución cortaría en el sentido de decidir si procedería o no declarar la resolución, absolver totalmente al demandado, o condenarlo a ejecutar, bien inmediatamente o con la concesión de un plazo de equidad”<sup>108</sup>.

[376] Prescindiendo del hecho de que sólo la transacción tiene naturaleza contractual<sup>109</sup>, las diferencias entre ambas figuras son evidentes.

(1) Mientras que es un presupuesto necesario del contrato de transacción la existencia de una **relación jurídica controvertida**<sup>110</sup>, ello no es requisito imprescindible en el marco del artículo 1124 CC, pues es posible que ante un incumplimiento del deudor, éste lo reconozca y se limite a aceptar el remedio resolutorio que pretende el acreedor, con lo que no se puede hablar de controversia<sup>111</sup>.

<sup>108</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, p. 227.

<sup>109</sup> Sobre el carácter contractual de la transacción, vid. PELÁEZ SANZ, F.J., *La transacción. Su eficacia procesal*, Barcelona, 1987, pp. 7-10. Y, últimamente, VIOLA DEMESTRE, I., *El contrato de transacción en el Código Civil*, pp. 139 y 179 a 182).

<sup>110</sup> Respecto de dicha controversia, GULLÓN se muestra conforme con la doctrina sentada en la STS de 3 de mayo de 1958 que establecía que la transacción “versa sobre una cuestión dudosa, lo que ha de entenderse no por el valor racional de la duda, sino por su valor real nacido de la contradicción de juicio de las partes”. (GULLÓN BALLESTEROS, A., “La transacción” en *Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*, tomo 48, vol. II, Madrid, 1964, p. 32).

<sup>111</sup> Cuando el incumplidor manifiesta su conformidad total con la pretensión resolutoria del acreedor no se puede hablar de controversia (así se extrae de la contraposición que hace PELÁEZ, entre transacción y allanamiento; “*La transacción*”, pp. 128-129). Recientemente VIOLA ha señalado que para que exista “controversia” es necesario que exista “contraposición de posturas o intereses en conflicto” que se exterioriza cuando ante la pretensión formulada por un sujeto —en nuestro caso el acreedor que pretende

(2) La transacción es un negocio jurídico dirigido a **eliminar una controversia**<sup>112</sup> (el art. 1809 CC lo define como un contrato con el que las partes “evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”) **mediante recíprocas concesiones**<sup>113</sup>. Es una característica esencial del contrato de transacción que ambas partes se hagan concesiones mutuas, así el artículo 1809 exige que las partes den, prometan o retengan alguna cosa<sup>114</sup>. Sin embargo, en el marco de la resolución por incumplimiento, es posible que el deudor incumplidor acepte la resolución sin obtener nada a cambio, en cuyo caso nos encontramos ante un allanamiento extrajudicial.

(3) Además, en la transacción, la intención de las partes, es sobre todo, **evitar un proceso o poner fin a uno ya iniciado**<sup>115</sup>, mientras que el allanamiento a la resolución o la resolución convencional, si bien puede ser un medio para evitar el proceso, no está encaminado a ello, su fin

---

la resolución del contrato—, el otro sujeto no responde o lo hace no aviniéndose a la pretensión del primero (*El contrato de transacción en el Código Civil*, p. 91).

<sup>112</sup> Así, afirma GULLÓN que “un efecto que es necesario destacar en la transacción es el extintivo, no de la relación jurídica discutida, sino de la controversia” (“La transacción”, p. 75). De hecho, la finalidad última de la transacción es la superación definitiva de la controversia (VIOLA, *El contrato de transacción en el Código Civil*, p. 126)

<sup>113</sup> GULLÓN insiste en que es precisamente la resolución del conflicto “mediante recíprocas concesiones” lo que diferencia a la transacción de otros negocios jurídicos que persiguen la misma finalidad (“La transacción”, p. 35); en el mismo sentido, PELÁEZ quien destaca que es precisamente este requisito el que imprime a la transacción el carácter de contrato bilateral distinguiéndolo de otras figuras afines que también suponen eliminación de una controversia (“La transacción”, pp. 46-51).

<sup>114</sup> Según afirma GULLÓN: “Las recíprocas concesiones significan sacrificio de las pretensiones aducidas por las partes en la controversia o, si se quiere, de los derechos por las mismas alegados”, aunque precisa, es posible que las partes sacrifiquen algo distinto de sus pretensiones. Además, no se exige reciprocidad en los recíprocos sacrificios (“La transacción”, p. 44).

Para VIOLA el fundamento de la exigencia de concesiones recíprocas se encuentra estrechamente vinculado al presupuesto fáctico: para poner fin a la controversia las partes quieren llegar a un acuerdo aunque ambas creen tener razón, por eso ceden parte de sus pretensiones, sacrificándose y haciendo concesiones mutuas (*El contrato de transacción en el Código Civil*, p. 165).

<sup>115</sup> No hay que olvidar que el contrato de transacción se puede celebrar bien antes de que se haya comenzado un pleito, bien una vez que éste haya comenzado (vid. PELÁEZ, “La transacción”, pp. 61 a 66).

Se ha defendido que en contra de lo que se deriva del tenor literal de la ley, el fin de la transacción no es “evitar la provocación de un pleito o poner término al iniciado”, sino que se sitúa en que las partes ponen definitivo término a un conflicto con total independencia de si se ha exteriorizado en forma judicial o extrajudicial” (GRACIA PELIGERO, C.J. y MAINER ENE, M.P. “La solución transaccional: análisis de sus posibilidades”, Madrid, 1998, p. 30).

primordial es extinguir la relación por incumplimiento y que se evite el proceso no es más que una consecuencia.

[377] Lo que acabamos de apuntar no impide afirmar que la propia resolución por incumplimiento forme parte de un contrato de transacción (v. gr. el deudor acepta la resolución por incumplimiento a cambio de que el acreedor renuncie a la indemnización de daños y perjuicios que le correspondería en virtud del incumplimiento)<sup>116</sup>.

### iii. Resolución consentida *versus* novación extintiva

[378] Por último, vamos a descartar que la resolución consentida, calificada por Montés como “negocio extintivo” merezca la calificación de novación extintiva. Son varios los motivos que nos permiten hacer esta afirmación.

[379] El primero de ellos vendría dado por la propia naturaleza de la resolución consentida. Siguiendo en este punto a Sancho Rebullida, podemos afirmar que la novación sólo puede operarse a través de un contrato, del tipo que sea, siempre y cuando sea idóneo para extinguir la relación obligatoria sustituyéndola por otra nueva; según Montés, la resolución consentida proviene de un “acuerdo de voluntades”, sin embargo, nosotros defendemos que no podemos hablar de contrato sino de un simple reconocimiento o conformidad del deudor a la pretensión resolutoria del acreedor.

---

<sup>116</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, p. 227 y CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, p. 131, nota al pie 14.

[380] En segundo lugar, para poder hablar de novación extintiva es necesario que haya una obligación preexistente, la creación de otra nueva y la disparidad entre ambas, de tal forma que se produzca la extinción de la primera y su sustitución por la nueva<sup>117</sup>.

En la resolución consentida, el requisito de **existencia de una obligación previa**, que se va a extinguir como consecuencia del negocio novatorio, no plantea problemas.

Por lo que respecta a la **creación de una nueva obligación**, las cosas se complican. Aquí es donde surge la ruptura con la posibilidad de encontrarnos ante un negocio jurídico con efectos novatorios porque la resolución por incumplimiento no lleva aparejada la creación de una nueva obligación a cargo de las partes. El hecho de que como consecuencia de la resolución surjan en determinados supuestos deberes de restitución (cuando alguna de las partes ha realizado su prestación) no creemos que permita hablar de la creación de una nueva obligación que sustituya a la anterior, sino de un efecto directamente derivado de la extinción de la primitiva obligación.

La STS de 5 de diciembre de 1940<sup>118</sup> no acierta a encuadrar dogmáticamente esta situación. En ella, el TS hace la siguiente afirmación: "Considerando: que la enumeración no agotadora que el artículo 1156 del Código civil hace de los modos de extinguirse las obligaciones ha de ser completada con las demás causas previstas especialmente en otros lugares del propio Cuerpo legal o que resultan por modo claro de la adecuada combinación de sus preceptos; y así no ofrece duda que el convenio al que se refiere la sentencia recurrida implica una forma legal de extinción del contrato primitivo, ya se la conciba como una "resolución" de ese contrato originario concertada a causa del incumplimiento de una de las partes que atribuye a quien cumplió la prestación que le correspondía el derecho de exigir la restitución de lo que entregó (análogamente a como se establece para el

<sup>117</sup> Requisitos enumerados por las Sentencias de 1 de diciembre de 1951 y 9 de abril de 1975 recogidas por SANCHO REBULLIDA, F.A., (*La novación de las obligaciones*, Barcelona, 1964, p. 333).

<sup>118</sup> STS de 5 de diciembre de 1940 (RA 1129).

caso, no de resolución convencional, sino de resolución declarada por los Tribunales a instancia del perjudicado, en el artículo 1124 del repetido Código), ya también se reputa a dicho convenio como una novación por cambio de objeto, aludida en el propio artículo 1156 y regulada en los artículos 1203 y siguientes; por lo cual la Sala sentenciadora, al fundar su fallo en la doble consideración de que es una forma de extinción de las obligaciones la voluntad y consentimiento libre y espontáneo de las partes en darlas por rescindidas y que es igualmente un modo de extinguirse una obligación *la sustitución de aquélla por otra que sea de todo punto incompatible con la primera, como lo es en el caso de autos, la de devolver la cantidad recibida como parte del precio*, no incidió en las infracciones de los artículos 1204 y 1156 de la Ley sustantiva, que infundadamente le atribuyen los motivos primero y cuarto del recurso”<sup>119</sup>.

En el caso resuelto por la sentencia las partes habían celebrado un contrato de compraventa de una cantidad de aceite de la cosecha anual que el vendedor obtuviera de una finca propiedad de su mujer. Recibió como parte del precio la cantidad de treinta y cinco mil pesetas. Ni entregó el aceite, ni devolvió el dinero. Como consecuencia de ello, las partes contratantes convinieron en la resolución de la venta, con la obligación por parte del demandado de devolver el dinero recibido, quedando por tanto extinguido dicho contrato de compraventa, y subsistente sólo la obligación de devolver la expresada cantidad de dinero.

[381] Por último, otro de los elementos exigidos para que se produzca la novación: el *animus novandi*; entendido como voluntad encaminada a la extinción de una obligación mediante el nacimiento de otra<sup>120</sup> tampoco concurre cuando tiene lugar la resolución por incumplimiento. En la resolución por incumplimiento únicamente se persigue disolver la relación obligatoria, sin ánimo de crear otra nueva que la sustituya<sup>121</sup>.

<sup>119</sup> Vid. STS de 5 de diciembre de 1940, Cdo segundo.

<sup>120</sup> Recogiendo la doctrina establecida en la STS de 23 de enero de 1992 (RA 202) afirma Cabanillas que el *animus novandi* no sólo se exterioriza en forma de manifestación dirigida a tal fin, sino también, cuando existe una incompatibilidad total entre ambas relaciones obligatorias (CABANILLAS SANCHEZ, A., “Novación Dº. Civil” en *E.J.B.*, III, Madrid, 1995, pp. 4456 a 4458, p. 4458).

<sup>121</sup> Las anteriores apreciaciones no significan que neguemos la posibilidad de que la novación opere en el ámbito de las obligaciones sinalagmáticas; como afirma SANCHO REBULLIDA: “Lo más característico de la novación de obligaciones sinalagmáticas es que, por la interdependencia causal característica de la novación, (incluso por el argumento analógico del art. 1208 CC.), el sinalagma permanece: si se nova, por ejemplo, la obligación de pagar el precio, la *nova obligatio* nace como correspondiente de la de entregar la cosa; si se novan ambas, las dos nacen también correspectivamente; ello comporta, a su vez, la importante consecuencia de que se ven adornadas de los equivalentes derechos potestativos, en especial la *exceptio non adimpleti contractus* (art. 1124 CC) (*La novación de las obligaciones*, p. 373).



***b. La resolución consentida como admisión o reconocimiento del deudor de la oportunidad de la resolución ejercitada por el acreedor***

[382] En definitiva, creemos que estamos en condiciones de afirmar que la figura de la “resolución convencional” (que nosotros hemos denominado “resolución consentida”) elaborada por Montés y amparada por una importante línea jurisprudencial, no supone un verdadero “debilitamiento” del carácter judicial que impregna la regulación contenida en el artículo 1124 CC. Decir que la resolución es necesariamente judicial si el deudor no la acepta, y que, por tanto, es necesaria la aceptación del deudor para que la misma se produzca al margen del proceso, no altera sustancialmente la regla de la resolución judicial. Decir que no es necesaria una sentencia si el deudor no acepta la resolución, no es más que reconocer la posibilidad de que sea el propio deudor y no el juez quién controle y verifique que concurren los presupuestos necesarios para que tenga lugar la resolución que pretende el acreedor. Circunstancia perfectamente admisible en nuestro Derecho pues, la resolución por incumplimiento, no necesita ser declarada por el juez si no existe conflicto entre las partes al tratarse de una materia disponible en la medida en que no afecta al interés general ni al orden público<sup>122</sup>.

Con ello, queremos poner de relieve que los defensores de esta posibilidad realmente parten de la exclusiva existencia de una resolución judicial y nadie discute que si el deudor se allana extrajudicialmente a la

<sup>122</sup> Cosa distinta sucede por ejemplo, en materia de disolución del vínculo matrimonial, pues para su obtención es absolutamente necesario que el juez la declare, aunque no haya surgido conflicto entre las partes.

pretensión del acreedor, no existe ningún interés en acudir al proceso, teniendo en cuenta los costes en tiempo y dinero que ello supone<sup>123</sup>

[383] En el ordenamiento francés no existe discusión sobre el carácter exclusivamente judicial de la resolución por incumplimiento prevista en el artículo 1184 CC francés y, a pesar de ello, el reconocimiento de una resolución por acuerdo de las partes, sin necesidad de convalidación del juez, no parece presentar dudas.

Una prueba de lo que acabamos de afirmar la encontramos en Demolombe. Este autor comienza calificando la resolución del artículo 1184 CC francés como judicial<sup>124</sup>, en el sentido de que es el juez quien, ante la demanda de resolución presentada por el acreedor, decide si procede declarar la resolución o, por el contrario, mantener el contrato<sup>125</sup>. A pesar de que el artículo 1184 CC en su tenor literal declare que “la resolución debe ser demandada judicialmente” y de que la exigencia del pronunciamiento judicial garantice a los terceros frente al peligro de resoluciones fraudulentas<sup>126</sup> este autor admite la posibilidad de que la resolución por incumplimiento sea obra de la voluntad de las partes<sup>127</sup>.

<sup>123</sup> La resolución sin intervención judicial mediante acuerdo de las partes ciertamente presenta ventajas respecto de la resolución judicial puesto que supone una mayor rapidez en el desenvolvimiento de la situación de pendencia (no hay que esperar a que recaiga una decisión judicial, ni las partes están condicionadas por el transcurso y agotamiento de todas las fases del proceso) y, desde el punto de vista económico, también supone un menor coste.

<sup>124</sup> Por contraposición a la resolución que opera de pleno derecho, es decir sin demanda y sin sentencia, la resolución del artículo 1184 CC francés “doit être demandée et prononcée en justice” (DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, II, núm. 509).

<sup>125</sup> En palabras del propio autor: “Leur décision (de los jueces) ne se borne pas à reconnaître et à déclarer la résolution. Elle fait plus! C’est elle-même qui la crée et qui l’applique! Aussi est-ce très justement que l’on dit que la résolution est, dans ce cas, *judiciaire*” (núm. 514); “Cette condition résolutoire (la del art. 1184 CC francés) a sans doute ceci de particulier qu’elle doit être demandée, et qu’elle ne s’accomplit qu’autant qu’elle a été prononcée par une décision judiciaire (*Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, II, núm. 517 bis).

<sup>126</sup> DEMOLOMBE, *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, II, núm. 518.

<sup>127</sup> Pone como ejemplo el caso en el que celebrado un contrato de compraventa de un inmueble, el comprador deja de pagar el precio. Ante el incumplimiento del comprador el vendedor le comunica que va a presentar una demanda solicitando la resolución, el comprador reconoce que no puede efectuar el pago del precio y responde al vendedor que acepta la resolución con la que le amenaza el vendedor. En ese caso, la compraventa queda resuelta por acuerdo amistoso entre vendedor y comprador como

Según este autor, el artículo 1184 CC francés no se opone al reconocimiento de una resolución “convencional” que tenga los mismos efectos que la resolución judicial, siempre y cuando la resolución proceda de un incumplimiento anterior y suficiente (de tal forma que, de haber sido demandada, el juez la habría declarado) y que haya sido lealmente consentida por las partes (en caso de que sea fraudulenta, los terceros pueden provocar su revocación a través de la acción pauliana)<sup>128</sup>.

La doctrina francesa justifica la resolución judicial del artículo 1184 CC francés en la conveniencia de evitar abusos del acreedor. Exigiendo una sentencia que la declare se evitan dichos abusos, puesto que el juez goza de un poder soberano para apreciar si procede la resolución o es oportuno concederle al deudor un plazo para cumplir. Con la admisión de una resolución por acuerdo de las partes, se evita el peligro aunque no exista en este caso un control judicial (pues el control lo ha realizado el propio deudor).

[384] También en nuestro país, de antiguo, existen autores que, a pesar de reconocer que la resolución por incumplimiento tiene un carácter esencialmente judicial, parecen admitir la posibilidad de una resolución por incumplimiento que opere sin que exista una sentencia judicial que la declare, aunque, condicionada a la aceptación de la otra parte contratante.

Así Gutiérrez afirma que la “condición resolutoria” que llevan implícita los contratos bilaterales para el caso de que uno de los

---

consecuencia del incumplimiento del comprador (*Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, II, núm. 518).

<sup>128</sup> Según este autor la finalidad perseguida al declarar que “la resolución debe ser demandada judicialmente”, es la de marcar la diferencia con la condición resolutoria ordinaria que opera de pleno derecho y la condición resolutoria tácita por incumplimiento que no opera de pleno derecho, lo cual no debe interpretarse en el sentido de que el legislador ha querido obligar a las partes a acudir al proceso y a litigar incluso cuando ambas partes están de acuerdo en evitar los gastos y la lentitud del proceso judicial (*Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, II, núm. 518).

contratantes no cumpla lo que le incumbe tiene como efecto principal y necesario la “rescisión del contrato”, si bien dicho efecto no opera automáticamente porque no es justo dejar al arbitrio del culpable la facultad de deshacer el contrato, el inocente “puede elegir el cumplimiento ó la resolución, uno ú otro según convenga más á sus intereses”; y parece admitir que la resolución puede operar al margen del proceso porque acaba defendiendo que los efectos de la resolución es bueno que los resuelvan las partes de mutuo acuerdo, y en caso de que no lo consigan, que acudan a los tribunales<sup>129</sup>.

**Sánchez de Molina** es más explícito en sus afirmaciones. Haciéndose eco de lo sostenido por Gutiérrez afirma que atendiendo al rigor de los principios, el lapso de tiempo debería bastar, sin necesidad de otra declaración para que la condición resolutoria surta sus efectos; sin embargo, estima que la conveniencia y la justicia aconsejan que los contrayentes resuelvan las cuestiones en términos amistosos, y si no lo consiguen acudan a los tribunales a quienes incumbe poner en claro la inejecución y decretar el remedio<sup>130</sup>. Con ello parece decantarse, como también lo hace **Viso**, por la admisión de una resolución al margen del proceso, siempre y cuando ambas partes se pongan de acuerdo, pues en otro caso resulta necesario acudir a los Tribunales. Sin embargo Viso va más lejos en cuanto a las consecuencias de la falta de acuerdo de los contratantes respecto de las reclamaciones que se hicieren, pues afirma que en estos casos, los tribunales “examinando sus motivos y poniendo en claro la inejecución, o decretarán desde luego la restitución, o concederán un plazo al deudor para que cumpla la obligación”, con lo que parece

<sup>129</sup> GUTIERREZ FERNÁNDEZ, *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, IV, 1ª ed., pp. 179-182.

<sup>130</sup> SÁNCHEZ DE MOLINA, *El Derecho civil español*, p. 264, nota al pie número 3.

admitir que en caso de falta de acuerdo será el tribunal quién decretará la resolución<sup>131</sup>.

Promulgado el Código civil en 1889, y con la redacción definitiva que recibió el artículo 1124 CC, *Scaevola*, que se muestra claramente partidario de una concepción exclusivamente judicial de la resolución, admite que no existen razones de orden público o interés general para no permitir a las partes que pacten una forma de resolución distinta a la resolución judicial.

[385] Hay que admitir que la construcción de la resolución consentida es respetuosa con el carácter judicial que tiene la resolución por incumplimiento prevista en el artículo 1124 CC; sin embargo, supone no reconocerle el carácter de facultad que hoy nadie le niega<sup>132</sup>, y concebirla como una simple acción de la que dispone el acreedor, que si cuenta con la aceptación del deudor, no necesita de intervención judicial.

[386] Existe una gran semejanza entre esta construcción y el funcionamiento tradicional de los remedios edilicios. En este punto resulta muy llamativa la transformación que ha sufrido la concepción de los mismos. Actualmente existe una tendencia constatada hacia la transformación de éstos en auténticos derechos de configuración jurídica, abandonando su actual carácter de acción judicial. Si esto es así en el ámbito de las acciones edilicias, con mayor razón debe serlo en el campo

<sup>131</sup> VISO, S., en la 5ª ed., p. 134, cita en su apoyo P.3, 8,1 y 2 y P.5, 11,37; en la 6ª ed. sustituye estas referencias por el 1124.3 y 4 (*Lecciones elementales de Derecho civil*, III, *Del derecho de las personas a exigir del otro lo que se le debe, o sea, de las obligaciones*, 5ª ed. arreglada a la legislación vigente por una sociedad de abogados, Valencia, 1884 (1ª ed. 1859-60) y 6ª ed. revisada y arreglada al nuevo Código civil y legislación vigente por Salvador Salom y Puig, Valencia 1889).

<sup>132</sup> Por todos, DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., que afirman que el artículo 1124 CC "(t)écnicamente otorga una facultad de modificación de la situación jurídica, consistente en poner fin a la relación obligatoria de las partes." (*Instituciones de Derecho civil*, I, vol. 1, "Doctrina general del contrato y de las obligaciones. Contratos en especial. Cuasicontratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual", 2ª ed. en 2 volúmenes, Madrid, 1998, p. 185).

de la resolución por incumplimiento: carece de sentido insistir en su carácter judicial. Veamos brevemente cómo se ha producido la transformación de las antiguas acciones edilicias en verdaderos derechos de configuración del comprador.

[387] La doctrina alemana realizó un esfuerzo especial por aclarar que los antiguos remedios edilicios no constituían verdaderos derechos potestativos o de configuración jurídica (*Gestaltungsrechte*), ejercitables a través de una declaración de voluntad unilateral y recepticia, sino que constituían simples “pretensiones” (*Ansprüche*)<sup>133</sup> que no permiten al comprador provocar directamente sus efectos. Las razones para esta afirmación eran varias<sup>134</sup>: (1) el § 462 BGB v. ant. que concedía ambos remedios al comprador declaraba que éste “puede exigir” (*verlangen*) la redhibición o la reducción del precio<sup>135</sup> (no decía “provocar” o “declarar”); (2) el § 467 BGB v. ant. hacía una remisión a determinados preceptos reguladores de la resolución por incumplimiento para que se aplicasen al remedio redhibitorio; en concreto a los §§ 346 a 348, 350 y 356 BGB v. ant. y pasaba por alto una posible referencia al § 349 BGB v. ant. que daba forma a la resolución mediante una declaración unilateral del acreedor (con lo cual este precepto no resultaba aplicable a la redhibición); (3) el § 477. I. 1 BGB v. ant. se refería expresamente a la “pretensión”, a la redhibición o a la reducción y establecía un plazo de prescripción para su ejercicio (la

<sup>133</sup> Westermann pone de manifiesto que la configuración de estos remedios responde a las preocupaciones del legislador del BGB por fundir en una regulación uniforme distintas necesidades que en principio eran irreconciliables, de ahí que el contenido de los §§ 462 a 467 BGB adolezca de una ruptura interna insubsanable. (WESTERMANN, “§ 462 BGB”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3, *Schuldrecht I*, B.T., (§§ 433-606), § 462.II.1, num. 4)

<sup>134</sup> MEDICUS, *Schuldrecht II*, B.T., 9ª ed., § 74. III.3, núm. 56.

<sup>135</sup> § 462 BGB v. ant.: *Wandelung*; *Minderung*. “Wegen eines Mangels, den der Verkäufer nach den Vorschriften der §§ 459, 460, zu vertreten hat, kann der Käufer Rückgängigmachung des Kaufes (*Wandelung*) oder Herabsetzung des Kaufpreises (*Minderung*) verlangen.”

prescripción es propia de las pretensiones)<sup>136</sup>; (4) a las razones anteriores se sumaba el hecho de que el § 465 BGB v. ant. establecía como contenido<sup>137</sup> de esta “pretensión” el consentimiento del vendedor<sup>138</sup>, mientras que en los derechos de configuración jurídica es suficiente con la declaración unilateral del titular del derecho<sup>139</sup>.

[388] La reforma del BGB de 2001 ha modificado por completo el régimen aplicable en caso de vicios de la cosa en el contrato de compraventa<sup>140</sup>.

Por lo que a nosotros nos interesa<sup>141</sup>, cabe resaltar que conforme al nuevo § 433 (1) BGB la entrega de la cosa libre de vicios o defectos forma parte del contenido de la obligación del vendedor<sup>142</sup>; ello supone que la entrega de la cosa con vicios se integra dentro del régimen general del incumplimiento, si bien, con ciertas reglas específicas propias del contrato de compraventa.

<sup>136</sup> § 477. I BGB v. ant.: “Der Anspruch auf Wandelung oder auf Minderung sowie der Anspruch auf Schadensersatz wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft verjährt, sofern nicht der Verkäufer den Mangel arglistig verschwiegen hat, bei beweglichen Sachen in sechs Monaten von der Ablieferung, bei Grundstücken in einem Jahre von der Übergabe an. Die Verjährungsfrist kann durch Vertrag verlängert werden.” Sobre esto MEDICUS, *Schuldrecht I, A.T.*, 11ª ed., § 49.I.2, núm. 556.

<sup>137</sup> “Was der Verkäufer tun muß damit die Wandlung oder Minderung zustande kommt ist danach zuerz die Erklärung seines Einverständnisses mit der vom Käufer verlangten Wandlung oder Minderung” (LARENZ, *Schuldrecht*, II, 1, B.T., 13ª ed., p. 54.

<sup>138</sup> § 465 BGB v. ant.: *Vollziehung der Wandelung oder Minderung*. “Die Wandelung oder die Minderung ist vollzogen, wenn sich der Verkäufer auf Verlangen des Käufers mit ihr einverstanden erklärt.”

<sup>139</sup> Janßen hace especial hincapié en este dato y en el hecho de que el § 467 BGB v. ant. no se remita al § 349 BGB, para negar el carácter de derecho de configuración jurídica al remedio redhibitorio (JANßEN, “Vor § 349”, núm. 21, en *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch*, 2, *Schuldrecht. A.T.*, §§ 214-432, 3ª ed..

<sup>140</sup> Sobre la reforma existe una amplia bibliografía, como muestra citaré: HAAS/MEDICUS/ROLLAND/SCHÄFER/WENDTLAND, *Das neue Schuldrecht*, Munich, 2002; KOHTE/MICKLITZ/ROTT/TONNER/WILLINGMANN, *Das neue Schuldrecht-KompaktKommentar*, 2002.

<sup>141</sup> Sobre la reforma existe una amplia bibliografía, como muestra citaré: HAAS/MEDICUS/ROLLAND/SCHÄFER/WENDTLAND, *Das neue Schuldrecht*, Munich, 2002; KOHTE/MICKLITZ/ROTT/TONNER/WILLINGMANN, *Das neue Schuldrecht-KompaktKommentar*, 2002. En lengua castellana, ALBIEZ, “Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB, A.D.C., julio-septiembre, 2002, pp. 1133 a 1227, pp. 1198 a 1217.

<sup>142</sup> En la nueva redacción del BGB, se sigue regulando separadamente los vicios materiales (§ 434 BGB) y los vicios jurídicos (§ 435 BGB) aunque ambos reciben el mismo tratamiento. Además, como novedad, existe “vicio” (*Mangel*) con independencia de su entidad, ésta sólo adquiere relevancia a la hora de determinar los remedios de los que dispone el comprador en el caso concreto.

Desaparecido por completo el sistema de remedios edilicios (las antiguas acciones redhibitoria y *quantum minoris*, en caso de vicios en la cosa entregada, el comprador dispone de diferentes remedios, según lo previsto en el § 437 BGB: (1) cumplimiento posterior (*Nacherfüllung*), bien mediante la reparación del bien defectuoso, bien mediante la sustitución<sup>143</sup>; (2) resolución (*Rücktritt*); (3) reducción del precio (*Minderung*); y (4) indemnización (*Schadensersatz oder Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen*)<sup>144</sup>.

Conforme a la nueva regulación, resolución y reducción del precio son remedios subsidiarios; antes de acudir a ellos el comprador puede exigir el cumplimiento al vendedor y el vendedor tiene derecho a cumplir mediante la reparación o la sustitución del bien (*vid.* §§ 439 y 440 BGB). Resolución y reducción aparecen enumerados en el § 437.2 BGB como remedios alternativos y se conciben como derechos de configuración jurídica que se ejercitan mediante una declaración unilateral del comprador dirigida al vendedor (sin necesidad por tanto de recabar el consentimiento del vendedor, ni de una sentencia que declare su procedencia). Elegido uno de los remedios y notificado al vendedor, desaparece la posibilidad de cambiar de opción.

[389] En Derecho español, ya sabemos que el 1486 CC recoge un derecho de opción del comprador entre dos acciones: la redhibitoria y la *quantum minoris*. En previsión de una posible reforma de nuestro Código civil en materia de compraventa, la doctrina considera necesario suprimir la actual

<sup>143</sup> HUBER, U., "Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht", *N.J.W.*, 2002, pp. 1004

<sup>144</sup> § 437 BGB: *Rechte des Käufers bei Mängeln*: "Ist die Sache mangelhaft, kann der Käufer, wenn die Voraussetzungen der folgenden Vorschriften vorliegen und soweit nicht ein anderes bestimmt ist,

1. nach § 439 Nacherfüllung verlangen,
2. nach den §§ 440, 323 und 326 Abs. 5 von dem Vertrag zurücktreten oder nach § 441 den Kaufpreis mindern und
3. nach den §§ 440, 280, 281, 283 und 311a Schadensersatz oder nach § 284 Ersatz vergeblicher Aufwendungen verlangen."



regulación del saneamiento por vicios ocultos (arts. 1484 a 1499 CC) y sustituirla por una regulación basada en la falta de conformidad.

En este sentido, Morales Moreno propone que la exigencia de conformidad de la cosa al contrato constituya una obligación más del vendedor<sup>145</sup>. Ello significa que la entrega de una cosa no conforme al contrato constituye incumplimiento y por tanto, tiene como consecuencia la aplicación del sistema general de remedios previsto para el mismo y que en principio deben ser: la pretensión de cumplimiento, la excepción de contrato no cumplido o cumplido defectuosamente, la resolución del contrato, la reducción del precio y la indemnización de daños<sup>146</sup>. Según este autor, en sede de compraventa simplemente se ha de enumerar los remedios aplicables, pues su regulación se sitúa en el régimen general de las obligaciones. Por lo que respecta a la opción del comprador entre la resolución y la reducción del precio en caso de que en el marco de un contrato de compraventa exista falta de conformidad de la cosa entregada, siguiendo a la Directiva 1999/44 CE<sup>147</sup>, afirma Morales que debe de tratar de remedios subsidiarios del de la puesta de la cosa en conformidad (la subsidiariedad implica que el vendedor tiene derecho a que se le ofrezca la oportunidad de cumplir, derecho que tiene límites que implican que en determinados casos el comprador puede optar directamente entre resolución y reducción del precio)<sup>148</sup>.

<sup>145</sup> MORALES MORENO, "Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: la compraventa", p. 6.

<sup>146</sup> MORALES MORENO, "Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: la compraventa", p. 9.

<sup>147</sup> Directiva 1999/44/CE, del Parlamento y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

<sup>148</sup> Este autor propone un artículo con el siguiente texto:

"El comprador, en caso de falta de conformidad, tendrá derecho a resolver el contrato de compraventa o a una adecuada reducción del precio, en cualquiera de los casos siguientes:

- (1) El incumplimiento no puede ser evitado por ninguna medida de cumplimiento.
- (2) No se puede exigir ninguna medida de cumplimiento.
- (3) El vendedor ha rehusado practicar la medida de cumplimiento oportuna.
- (4) El vendedor no ha llevado a cabo la ejecución de la medida de cumplimiento oportuna en un plazo razonable o, aun dentro de plazo, ha fracasado en realizarla con éxito en un segundo intento.

### 3. Un ejemplo de una verdadera resolución pactada: la resolución en caso de excesiva onerosidad

[390] Hemos de diferenciar lo que constituye la resolución consentida, a la que me acabo de referir, —que no es otra cosa que admitir por parte del deudor el ejercicio del derecho de resolución que hace el acreedor— de la resolución pactada como salida a una situación en la que se ha producido una excesiva onerosidad (desequilibrio contractual que surge como consecuencia de acontecimientos sobrevenidos que no era razonable que las partes tuvieran en cuenta cuando celebraron el contrato; y que hace que no se justifique el mantenimiento del contrato en los términos en los que se pactó). Encontramos en Derecho uniforme textos en los cuales se incita a las partes a adaptar el contrato, y si no, a resolverlo. La resolución en este caso se produce por acuerdo de las partes. Y si la decreta el juez, porque ellas no han llegado a un acuerdo, surge por decisión judicial<sup>149</sup>.

#### *a. La resolución del contrato por excesiva onerosidad en los Principios de Derecho europeo de los contratos*

[391] Los *PECL* prevén que la alteración sobrevenida de las circunstancias tenga incidencia en el contrato celebrado. En concreto, esta alteración puede provocar, con carácter preferente, la modificación y adaptación del contrato para reestablecer su equilibrio inicial, y, cuando

---

(5) En la ejecución de la medida de cumplimiento, se producen mayores inconvenientes al consumidor.

El comprador no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es de escasa importancia." (MORALES MORENO, "Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: la compraventa", p. 11.

<sup>149</sup> SCHLECHTRIEM, "Terminations of contracts under the Principles", pp. 249 a 269, p. 251.

y hasta que éste no culmine en un acuerdo de resolución, persiste el deber de cumplimiento de ambas partes contratantes<sup>154</sup>.

[392] En el caso de que, en un plazo razonable, las partes no lleguen a un acuerdo sobre el mantenimiento del contrato, previo reajuste o su resolución, cualquiera de ellas puede acudir a los tribunales quienes — como las partes—, están vinculados por la jerarquización de remedios, de tal forma que su primer objetivo es mantener el contrato adaptándolo para equilibrar entre las partes las pérdidas y ganancias que resultan del cambio de circunstancias y sólo cuando no sea posible, declarar su resolución, en la fecha y con las condiciones que ellos mismos fijen (es la declaración judicial la que provoca la resolución del contrato)<sup>155</sup>.

En realidad, aunque el artículo 6:111 (3) *PECL* se limita a declarar que los Tribunales pueden modificar el contrato o resolverlo, la capacidad de dichos tribunales es más amplia, así, por ejemplo, pueden remitir de nuevo la cuestión a las partes para que lleven a cabo un último intento de renegociación si hay todavía posibilidad de salvar el contrato.

#### ***b. La resolución del contrato por excesiva onerosidad en los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales***

[393] De modo parecido, los *UNIDROIT Principles* prevén que, en caso de excesiva onerosidad o *hardschip*<sup>156</sup>, la parte perjudicada por ella

<sup>154</sup> Si el perjudicado por la alteración sobrevenida de las circunstancias decide dejar de cumplir, lo hace a su propio riesgo, *Principles of European Contract Law*, p. 324.

<sup>155</sup> El recurso a los Tribunales tiene carácter subsidiario; se acude a ellos sólo cuando las partes no han alcanzado un acuerdo (*Principles of European Contract Law*, p. 326; y DÍEZ-PICAZO/ROCA/MORALES, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, p. 296).

<sup>156</sup> Se eligió esta denominación, frente a otras posibles empleadas en los distintos sistemas jurídicos (*frustration of purpose*, *Wegfall der Geschäftgrundlage*, *imprévision*, *eccesiva onerosità sopravvenuta*, etc...) precisamente por ser un término ampliamente reconocido en la práctica comercial internacional mediante la incorporación a los contratos de las denominadas "cláusulas de *hardship*" (*Principios sobre los Contratos Comerciales internacionales de UNIDROIT*, p. 156).

ello no sea posible, la resolución del contrato. La resolución tiene un carácter subsidiario<sup>150</sup>.

Para llegar a la aplicación de uno de estos remedios (reajuste del contrato o resolución), los *PECL* han diseñado un procedimiento que impone a las partes la **obligación de entrar en negociaciones** [art. 6:111 (2) *PECL*], de tal manera que se les incita a que sean ellas, a través de un acuerdo amistoso, quienes modifiquen el contrato o bien acuerden su resolución<sup>151</sup>.

Este procedimiento está presidido por el deber general de buena fe que impone a las partes ciertos deberes<sup>152</sup>. Por lo que respecta al inicio de las negociaciones, la buena fe exige que la parte afectada por el cambio de circunstancias promueva las negociaciones en un plazo razonable, especificando a la otra parte el efecto que el cambio de circunstancias ha provocado sobre el contrato. Aunque la iniciativa corresponde a la parte perjudicada por las nuevas circunstancias, nada impide que si la otra parte contratante está preocupada por el mantenimiento del contrato tome la iniciativa de comenzar con las negociaciones<sup>153</sup>.

La buena fe también debe presidir toda la negociación; de tal forma que si una de las partes realiza comportamientos contrarios a ella, por ejemplo, se niega a negociar o rompe la negociación de mala fe, tiene que indemnizar a la otra parte los daños y perjuicios que esta actitud le haya ocasionado [art. 6:111 (3) *PECL*]. Durante la negociación

<sup>150</sup> Sobre la jerarquización de remedios *vid.* SAN MIGUEL PRADERA, L., "La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea", *A.D.C.*, tomo LV, fascículo III, julio-septiembre, 2002, pp. 1115 a 1132, pp. 1128-1129.

<sup>151</sup> *Principles of European Contract Law*, p. 324.

<sup>152</sup> Artículo 1:201 (1) *PECL*.

<sup>153</sup> *Principles of European Contract Law*, p. 326; y DÍEZ-PICAZO/ROCA/MORALES, *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, p. 296.

pueda solicitar a la otra una renegociación del contrato para adaptarlo a las nuevas circunstancias<sup>157</sup>. Esta solicitud debe hacerse tan pronto como sea posible, indicando los motivos en los que se basa para solicitar dicha renegociación (art. 6.2.3 (1) *UNIDROIT Principles*), lo que le permitirá a la otra parte valorar si se justifica o no tal petición<sup>158</sup>. Aunque no se diga de forma expresa, tanto la solicitud como la conducta de las partes durante la negociación debe llevarse a cabo conforme al deber general de buena fe y de cooperación<sup>159</sup>.

[394] Si en un plazo razonable no llegan a un acuerdo sobre la adaptación del contrato, cualquiera de ellas está facultada para acudir al Tribunal [art. 6.2.3 (2) *UNIDROIT Principles*] quien, atendidas las circunstancias concurrentes, adoptará la solución pertinente que puede ser: (1) la resolución del contrato (terminación del contrato en terminología de los Principios) en la fecha y con los efectos que él mismo determine; (2) la adaptación del contrato ; (3) cuando ni una ni otra sean apropiadas, puede ordenar a las partes que reanuden las negociaciones para que lleguen a un acuerdo sobre la adaptación, o bien convalidar los términos del negocio inicialmente pactado [art. 6.2.3 (4) *UNIDROIT Principles*]<sup>160</sup>.

<sup>157</sup> La solución de renegociación del contrato no autoriza al solicitante a suspender el cumplimiento de sus obligaciones, la suspensión del cumplimiento sólo se justifica en circunstancias extraordinarias (*Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT*, pp. 163-164).

<sup>158</sup> *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales de UNIDROIT*, p. 163.

<sup>159</sup> Artículos 1.7 y 5.3 *UNIDROIT Principles*.

<sup>160</sup> Esta tercera posibilidad no se contempla expresamente pero es admisible teniendo en cuenta que el artículo 6.2.3 (4) *UNIDROIT Principles* establece expresamente que “siempre que lo considere razonable”, el tribunal podrá dar por terminado el contrato o adaptarlo, lo cual significa que si concurren unas circunstancias tales que ni una ni otra vía resultan apropiadas, “la única solución factible sería o bien ordenar a las partes que reasuman las negociaciones a fin de llegar a un acuerdo acerca de la adaptación del contrato, o bien convalidar los términos del contrato originariamente pactado” (*UNIDROIT, Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, p. 165; Sobre los poderes de apreciación de l juez o tribunal SAN MIGUEL PRADERA, “La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea”, *A.D.C.*, , pp. 1115 a 1132, pp.1131-1132.

**c. Breve referencia a las legislaciones internas más recientes**

[395] La idea de que la solución en estos casos debe provenir preferentemente del acuerdo de las partes no se ha visto reflejada en las legislaciones nacionales más recientes, en concreto vamos a referirnos al Código civil holandés y al Código civil alemán.

[396] El Código civil holandés contempla la posibilidad de que la aparición de circunstancias imprevisibles tenga incidencia sobre el contrato celebrado, de tal manera que éste se vea modificado o, incluso, se proceda a su resolución. Pero, a diferencia de lo que se prevé en los textos de Derecho uniforme a los que nos hemos referido, el artículo 6:258 BW no prevé expresamente la necesidad de que las partes intenten llegar a un acuerdo sobre los efectos que dichas circunstancias provocan sobre el contrato, sino que declara que una parte contratante puede acudir al juez para que modifique los efectos del contrato o lo resuelva total o parcialmente, siempre que dichas circunstancias sean de tal naturaleza que la otra parte contratante no pueda esperar, conforme al criterio de la razón y de la equidad, que el contrato permanezca inalterado<sup>161</sup>.

Ello significa que la modificación o resolución del contrato tiene lugar mediante sentencia judicial<sup>162</sup>. En dicha sentencia, el juez puede establecer las condiciones que considere oportunas<sup>163</sup>. Si el juez opta por

<sup>161</sup> Artículo 6:258 (1) BWB: "Upon the demand of one of the parties, the judge may modify the effects of a contract, or he may set it aside in whole or in part on the basis of unforeseen circumstances which are of such a nature that the cocontracting party, according to criteria of reasonableness and equity, may not expect that the contract be maintained in an unmodified form. The modification or the setting aside of the contract may be given retroactive force."

<sup>162</sup> HARTKAMP/TILLEMA, *Contract Law in the Netherlands*, núm. 172

Con anterioridad, el Código civil italiano de 1942 había procedido a codificar la figura de la excesiva onerosidad en su artículo 1467. Según lo previsto en este precepto, en estos casos, el perjudicado puede demandar judicialmente la resolución del contrato (art. 1467.1 CC italiano); el demandado de resolución puede evitarla ofreciendo modificar equitativamente las condiciones del contrato (art. 1467.3

modificar el contrato o resolverlo parcialmente, el Código civil holandés admite que, si así lo considera oportuno, otorgue a una o ambas partes contratantes la facultad de resolver el contrato en su totalidad, mediante una declaración escrita. En estos casos, el juez les fija un plazo para que opten por esa posibilidad, y la modificación o la resolución parcial no produce efectos hasta que no haya transcurrido dicho plazo<sup>164</sup>. Nótese que, en este último caso, el derecho de resolución del que dispone una o ambas partes contratantes proviene de su reconocimiento judicial, y que opera por voluntad unilateral, sin necesidad de recabar el consentimiento de la otra parte contratante<sup>165</sup>.

---

CC italiano). Corresponde exclusivamente a este último la posibilidad de proponer la modificación del contrato en lugar de su resolución (CASELLA, G., *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, Turín, 2001, p. 217-219).

<sup>163</sup> Artículo 6:260 (1) BW: "The judge may pronounce a modification of the contract or set it aside. As referred to in articles 258 and 259, subject to conditions to be determined by him."

<sup>164</sup> Artículo 6:260 (2) BW: "If pursuant to these articles (arts. 6:258 y 6:259), the judge modifies, or partially sets the contract aside, he may determine that one or more of the contracting parties may totally set aside the contract by a written declaration within a period specified in the decision. The modification or partial setting aside of the contract does not take effect before this period has expired."

<sup>165</sup> En Derecho español no existe una regulación legal de los efectos que puede tener sobre el contrato la alteración sobrevenida de las circunstancias, a pesar de ello, la jurisprudencia ha suplido esta laguna a través del expediente de la cláusula *rebus sic stantibus* (sobre el papel del TS en el reconocimiento de esta figura vid. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P., "Algunas notas para la elaboración de la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula 'rebus sic stantibus'", *Actualidad civil*, 1990, pp. 429-452; la recopilación de sentencias realizada por la misma autora en *Alteraciones económicas y obligaciones contractuales: la cláusula rebus sic stantibus*, Madrid, 1990; y el estudio de Díez-PICAZO, L., «La cláusula *rebus sic stantibus*», en *Extinción de obligaciones*, director J. R. Ferrandiz, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXVI, 1996, pp. 671-686). Cuando concurren los presupuestos para la aplicación de la cláusula [(1) alteración extraordinaria de las circunstancias en el momento de cumplir el contrato; (2) destrucción del equilibrio de las prestaciones; (3) que las circunstancias sobrevenidas fueran imprevisibles; vid. STS de 17 de mayo de 1957], se afirma, con carácter general, que en estos casos, el perjudicado ha de poder acudir al órgano judicial para que resuelva o modifique el contrato adaptándolo a las nuevas circunstancias (CASTRO Y BRAVO, *EL Negocio jurídico*, Madrid, 1971, ed. facsímil, Madrid, 1985, § 377). Es el juez el que declara los efectos que provoca la alteración sobrevenida de las circunstancias, el contratante perjudicado por la excesiva onerosidad no puede provocar unilateralmente efectos sobre el contrato, y aunque normalmente no se menciona la posibilidad de que las partes acuerden los efectos de dicha alteración, nada lo impide (arg. ex art. 1255 CC). En este punto hay división, no se contempla que revisión y resolución sean remedios concurrentes sino que un sector minoritario defiende que la solución pasa por la resolución del contrato (TERRAZA MARTORELL, J., *Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad*, Barcelona, 1951, pp. 61-62; Díez-PICAZO, (Fundamentos II, 5ª ed., p. 899; ESPERT SANZ, *La frustración del fin del contrato*, Madrid, 1968, pp. 256-259 y, en los últimos años, VERDERA SERVET, R., «STS de 17 de noviembre de 2000», *C.C.J.C.*, núm. 56, abril/septiembre 2001, pp. 491 a 510, pp. 508-509) mientras que la mayoría de la doctrina respaldada por un número importante de sentencias —entre las que destaca la STS de 6 de noviembre de 1992, que en su FD 4º recoge la doctrina establecida, entre otras, por las SSTs de 15 de marzo de 1972, 19 de abril de 1985, 17 de mayo de 1986, 6 de octubre de 1987, 16 de octubre de 1989, 21 de febrero de 1990, 10 de diciembre de 1990 y 23 de abril de 1991 y últimamente la STS de 17 de noviembre de 2000

[397] En la reciente reforma del Código civil alemán, el legislador ha codificado la figura de la base del negocio, que hasta ahora tenía un reconocimiento doctrinal y jurisprudencial pero que carecía de regulación. En concreto, el nuevo § 313 BGB contempla los supuestos de alteración de la base del negocio (*Störung der Geschäftsgrundlage*) y sus consecuencias<sup>166</sup>. Este precepto contempla que se proceda, con carácter preferente, a la adaptación del contrato (*Anpassung des Vertrages*) a las nuevas circunstancias que, aunque no se diga expresamente, admite que dicha adaptación sea negociada por las propias partes y, subsidiariamente, cuando no sea posible la adaptación del contrato, el contratante perjudicado por la alteración de las circunstancias puede declarar la resolución del contrato (*vom Vertrag zurücktreten*). Se le reconoce un derecho de resolución (*Rücktrittsrecht*) que opera mediante declaración por su parte, sin necesidad, por tanto, de recabar el consentimiento de la otra parte contratante.

Ello significa que a diferencia de lo que sucede en los PECL donde la resolución es fruto del acuerdo de las partes o de la declaración

---

que a su vez cita las SSTs de 6 de noviembre de 1992, 15 de marzo de 1994 y 19 de junio de 1996— sostiene que siempre que sea posible procede la revisión y reajuste del contrato. (ROCA SASTRE, *Estudios de Derecho Privado*, I, pp. 236 y 237; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, tomo II, Barcelona, 1978, pp. 438 y 439; PUIG PEÑA «Cláusula *rebus sic stantibus*», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo IV, Barcelona, 1952, pp. 195-204; ALBALADEJO *Curso de Derecho civil*, II, 3ª ed., pp. 263-264 y, recientemente, FERNÁNDEZ-HIERRO, J.M., *La modificación del contrato*, Pamplona, 1992).

<sup>166</sup> § 313 BGB: *Störung der Geschäftsgrundlage*

(1) Haben sich Umstände, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, nach Vertragsschluss schwerwiegend verändert und hätten die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen, wenn sie diese Veränderung vorausgesehen hätten, so kann Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann.

(2) Einer Veränderung der Umstände steht es gleich, wenn wesentliche Vorstellungen, die zur Grundlage des Vertrags geworden sind, sich als falsch herausstellen.

(3) Ist eine Anpassung des Vertrags nicht möglich oder einem Teil nicht zumutbar, so kann der benachteiligte Teil vom Vertrag zurücktreten. An die Stelle des Rücktrittsrechts tritt für Dauerschuldverhältnisse das Recht zur Kündigung.”



judicial, en Derecho alemán el perjudicado tiene derecho a provocar unilateralmente la resolución<sup>167</sup>.

### **III. LA DECLARACIÓN UNILATERAL DEL ACREEDOR COMO FORMA DE EJERCICIO DE LA RESOLUCIÓN**

[398] La mayoría de la doctrina española afirma que en Derecho español la resolución del contrato por incumplimiento puede producirse **por declaración unilateral del acreedor**, (sin necesidad de sentencia judicial ni de aceptación del deudor). Tras el incumplimiento, la sola voluntad del acreedor comunicada al deudor provoca la resolución del contrato. Con algunas excepciones, la doctrina española ha sido permeable desde muy temprano a la admisión de un ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria mediante declaración unilateral del acreedor; en ello ha jugado un papel fundamental otra línea jurisprudencial del Tribunal Supremo, que exponemos a continuación

#### ***A. LA RESOLUCIÓN UNILATERAL EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO***

[399] La línea jurisprudencial a la que hacemos referencia, a diferencia de la ya expuesta anteriormente, admite que la resolución pueda tener lugar sin intervención judicial por simple **declaración unilateral del acreedor** dirigida al deudor. Ello no impide que si se discute la procedencia de la resolución, los **Tribunales entren a valorar si la**

---

<sup>167</sup> § 275 (2) BGB: "Der Schuldner kann die Leistung verweigern, soweit diese einen Aufwand erfordert, der unter Beachtung des Inhalts des Schuldverhältnisses und der Gebote von Treu und Glauben in einem groben Missverhältnis zu dem Leistungsinteresse des Gläubigers steht. Bei der Bestimmung der dem Schuldner zuzumutenden Anstrengungen ist auch zu berücksichtigen, ob der Schuldner das Leistungshindernis zu vertreten hat."

resolución estuvo bien hecha o por el contrario no se ajustó a Derecho. Pero lo que determina la resolución es sólo la voluntad del acreedor.

Las sentencias que dieron origen a esta línea jurisprudencial, a pesar de romper con el sistema de resolución judicial, son muy tempranas en el tiempo.

### 1. Sentencia de 24 de octubre de 1941<sup>168</sup>

[400] Comenzamos con la STS de 24 de octubre de 1941 cuyo pronunciamiento ha sido reiterado en numerosas sentencias posteriores.

En el Considerando quinto de la sentencia, el TS hace una afirmación decisiva al declarar:

“Que el Código español apartándose de los precedentes que le marcaban algunos Códigos extranjeros, como el francés y el italiano<sup>169</sup>, en los cuales se dice que la resolución debe ser pedida judicialmente, regula dicha resolución como una **"facultad" atribuida a la parte perjudicada por el incumplimiento del contrato**, la cual tiene un derecho de opción entre exigir el cumplimiento o la resolución de lo convenido, **que puede ejercitarse** (según el sentido en que se ha orientado la jurisprudencia de esta Sala en repetidas sentencias, entre ellas, las de 17 de febrero de 1912, *infra* [401]; 19 de junio de 1913, *infra* [402]; y 10 de abril de 1929, *infra* [403]) **ya en la vía judicial, ya fuera de ella, por declaración del acreedor**; a reserva claro es, de que si la declaración de resolución hecha por una de las partes se impugna por la otra, quede aquélla sometida al examen y sanción de los

<sup>168</sup> STS de 24 de octubre de 1941; (RA 1091).

<sup>169</sup> Refiriéndose al Código civil italiano de 1865, en concreto a su artículo 1165 CC.

Tribunales, que habrán de declarar en definitiva, bien hecha la resolución o, por el contrario, no ajustada a derecho.”

Este pronunciamiento permite al TS declarar que no existe infracción del artículo 1124 CC por reconocer al perjudicado por el incumplimiento, la facultad de decidir unilateralmente la resolución del contrato sin acudir al tribunal para hacer uso de dicho derecho. De esta manera, se reconoce plena eficacia a la resolución llevada a cabo mediante requerimiento notarial.

M.B. y J.P. celebran un contrato por el cual el primero se obliga a suministrar al segundo leche fresca o preparada en la cantidad que J.P. necesite para su venta al detalle y por el precio que rija en la plaza. A su vez, J.P. se compromete a adquirir los productos, pagando el importe de las entregas que se hagan durante cada semana el jueves de la semana siguiente. El contrato funciona con normalidad hasta que J.P. deja de pagar varias de las entregas por entender que el precio que le cobra M.B. es superior al de la plaza. Ante estos hechos, M.B. formula un requerimiento notarial a J.P. por el que declara resuelto el contrato por falta de pago y reclama el pago de una determinada cantidad (parte de ella corresponde a los tres últimos suministros). J.P. presenta demanda reclamando el cumplimiento del contrato; el demandado, en reconvencción, solicita que se condene a J. P. a satisfacerle la indemnización correspondiente a los daños y perjuicios ocasionados con motivo del incumplimiento que ha dado lugar a la resolución del contrato.

En apelación se dicta sentencia desestimatoria de la demanda y estimatoria de la reconvencción por la que se condena al demandante a tener por resuelto el contrato, pues se declara probado que M.B. no incumplió su obligación principal de vender a J.P. al precio pactado y que fue J.P. quien primero incidió en infracción del contrato incumpliendo la obligación de pago del precio.

[401] El TS, para justificar esa decisión, cita varias sentencias suyas anteriores. La primera de ellas es la STS de 17 de febrero de 1912<sup>170</sup> que contempla claramente la posibilidad de que la resolución del contrato por incumplimiento tenga lugar al margen del proceso.

<sup>170</sup> STS de 17 de febrero de 1912; (Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Obaya Pedregal; C.L. tomo VLI, núm. 68, pp. 519-529).

En el caso resuelto por esta sentencia, la compañía aseguradora presentó recurso de casación contra la sentencia que desestimó su demanda de cumplimiento de contrato por considerar que **el contrato había quedado resuelto cuando el asegurado notificó a la aseguradora** que la reducción de capital por ella efectuado alteraba fundamentalmente el contrato y que no aceptaba la continuación del seguro propuesto (momento a partir del cual el asegurado, considerando extinguido el contrato, dejó de pagar la primas).

En el recurso se alegaba, entre otros motivos, infracción del artículo 1124 CC en el sentido de que dicho precepto no contiene una resolución *ipso facto* sino que su párrafo segundo establece que la resolución precisa pedirla judicialmente, siendo necesario que el tribunal la decrete, conforme al artículo 1124.3 CC. Sostiene la recurrente que no cabe afirmar que la reducción de capital dé lugar a la ineficacia y resolución de los contratos. A ello añade que el asegurado así lo reconoció pues en su contestación a la demanda solicitó que se declarase resuelto y extinguido el contrato (en lugar de solicitar que se declarese que el contrato quedó resuelto por voluntad unilateral). Por último, alega que a falta de declaración judicial de resolución del contrato, éste subsiste y el asegurado debe cumplirlo.

El TS declara no haber lugar al recurso y en el Considerando tercero de la sentencia afirma lo siguiente: “(...) la Compañía (aseguradora), no antes, sino después de la reducción del capital (admitido por el tribunal como incumplimiento contractual), invitó al demandado para que, no obstante aquella variante, continuara con el Seguro, obtuvo por contestación del invitado la no conformidad, y desde este momento era innecesario para Díaz de Mendoza pedir judicialmente como pretende la parte recurrente la resolución de un contrato extinguido por la voluntad soberana de los contratantes.”

[402] La segunda de las decisiones jurisprudenciales a las que nos referíamos es la **STS de 19 de junio de 1913**<sup>171</sup>.

En el Considerando sexto de dicha sentencia, el TS declara: “supuesto el incumplimiento, resulta manifiesto que, con arreglo al párrafo 1º del artículo 1124 del Código civil, pudieron Baxeras é Illa (demandados de cumplimiento) **dar por resuelto** de manera implícita ó tácita el repetido contrato **sin necesidad de declaración alguna previa de los Tribunales** (...)”

Las partes habían celebrado un convenio conforme al cuál Frontodona se comprometía —en relación con los terrenos que vendía—, a hacer las gestiones necesarias para la edificación de dichos terrenos y su posterior reventa, a cambio, Baxeras e Illa (compradores de los terrenos) se comprometían a recompensarle con una participación en los beneficios que produciría la reventa de dichos terrenos. Probado que Frontonoda incumplió sus obligaciones, se considera que los demandados quedaron relevados del cumplimiento de las suyas y se desestimó la demanda de cumplimiento presentada por el primero.

[403] Por último, se menciona la **STS de 10 de abril de 1929**<sup>172</sup>. En su Considerando segundo se puede leer: “que el artículo 1124 del Código civil establece la facultad de resolver las obligaciones recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe, facultad que según jurisprudencia de este Tribunal surge inmediatamente después que la otra parte incumplió su deber, sin necesidad de una declaración previa de los Tribunales, y que no puede ejercitarla el contratante que no cumplió su obligación, (...), en consecuencia de todo lo que incumplida en primer término por Bosch la obligación al mismo pertinente e imposibilitado Bonmatí para realizar la subsiguiente que le incumbía **pudo ipso facto darla por resuelta** sin necesidad de recabar

<sup>171</sup> STS de 19 de junio de 1913; (Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Pérez Vellido; C.L. tomo XLV, núm. 132, pp. 835 a 853).

<sup>172</sup> STS de 10 de abril de 1929; (Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Martínez Muñoz; C.L. tomo CVI, núm. 189, pp. 897 a 906).

declaración alguna ni de requerir a Bosch (de cumplimiento), de conformidad con lo preceptuado en el citado artículo 1124 del Código civil y doctrina de esta Sala al interpretar la disposición mencionada”.

Las partes firmaron un convenio por el cual Bosch se obligaba a adjudicar a Bonmartí determinadas participaciones en unas minas en cuanto quedara en descubierto por impago de ciertas letras. Cuando se efectuase la adjudicación, Bonmartí se obligaba a anunciar la pública subasta de dichas participaciones y de las participaciones que él mismo tenía en las mismas minas. Producido el impago de las letras y el protesto de las mismas, Bosch no procedió a adjudicar las mencionadas participaciones mineras a Bonmartí. Dichas participaciones fueron embargadas y ejecutadas en un juicio ejecutivo instado por Bonmartí.

Bosch presentó demanda contra Bonmartí alegando que al haber vendido éste las participaciones de Bosch en la mina sin vender también las que eran de su propiedad había incumplido el contrato por lo que exigía una indemnización de daños y perjuicios. En su contestación a la demanda Bonmartí alegó que impagadas las letras, Bosch no cumplió su obligación de adjudicar las participaciones en cuestión por lo que él no pudo cumplir su parte y se vio obligado a plantear las acciones ejecutivas a las que no había renunciado en el contrato. El TS casó la sentencia de la Audiencia que estimaba la demanda.

[404] Aunque no han sido objeto de mención por parte del Tribunal Supremo, hemos encontrado sentencias de fechas anteriores que parecen dar relevancia a la resolución operada con anterioridad al inicio del proceso<sup>173</sup>.

Así, por ejemplo, la STS de 13 de marzo de 1903<sup>174</sup> reconoce eficacia a la declaración de dar por extinguido el contrato de suministro

<sup>173</sup> Para la localización de las distintas decisiones jurisprudenciales, ceñida sobre todo a la primera mitad del siglo XX, nos hemos servido en gran medida de los siguientes repertorios jurisprudenciales: MARTÍNEZ RUIZ, *El Código civil interpretado por el Tribunal Supremo*, X; GARCÍA ORMAECHEA Y MENDOZA, *Jurisprudencia del Código civil (1889-1926) recopilada y articulada conforme al mismo*; LAGUNA SERRANO, *Prontuario de la jurisprudencia civil española. Ordenación de las sentencias del Tribunal Supremo desde 1882 a 1931 con sujeción al articulado de las leyes*, 1ª ed.; OYUELOS, *Digesto. Principios, doctrina y jurisprudencia referentes al Código civil español, concordados con los Códigos americanos y portugués*, V, Artículos 1088 a 1314; RODRÍGUEZ NAVARRO, *Doctrina civil del Tribunal Supremo. Comprende las resoluciones recaídas en asuntos civiles, de derecho sustantivo del Tribunal Supremo y las de la Dirección General de los Registros y del Notariado, desde enero de 1889 hasta 31 de diciembre de 1959*, III, Artículos 1088 a 1444, y BONET *Código civil comentado con sus apéndices forales*.

<sup>174</sup> STS de 13 de marzo de 1903; (Ponente: Excmo. Sr. D. Victor Covián; C.L. tomo XIII, núm. 82, pp. 440 a 444).

de gas que realiza una de las partes del contrato ante el incumplimiento por la suministradora de la obligación que había asumido de mantener el precio en 0,25 céntimos. En dicha sentencia el TS declara que desde el momento de la notificación de la decisión de extinguir el contrato el mismo perdió su fuerza legal, quedando el demandado desligado de su cumplimiento y en libertad para pactar el suministro de gas con otra compañía. Si bien es cierto que, en este proceso, la cuestión planteada no se resuelve por la vía del artículo 1124 CC sino por invocación del artículo 1274 CC.

La STS de 26 de diciembre de 1904, aunque no es muy clara en sus términos, parece reconocer que la resolución tuvo lugar con anterioridad al proceso. En el caso objeto de esta sentencia, la viuda de Urquiza, dueña de una fábrica de camas, había entregado en depósito a don Maximino un número de camas para su venta en determinadas condiciones, con facultad de resolver el contrato en caso de incumplimiento por este último. Don Maximino había dejado de pagar las cantidades estipuladas y la viuda de Urquiza le envía una carta anunciándole que, ante su incumplimiento, haciendo uso del derecho que se había reservado, daba por resuelto el contrato. La Audiencia desestima la demanda de cumplimiento presentada por don Maximino y declara la resolución del contrato. El actor presenta recurso de casación por infracción del artículo 1124.3 CC, alega que no puede obtenerse la resolución sin declaración judicial y que en el caso en cuestión la demandada había cesado el cumplimiento de las obligaciones contraídas antes de la correspondiente declaración judicial. El TS declara no haber lugar al recurso de casación y mantiene que en la sentencia recurrida no se hace declaración alguna sobre la facultad de las partes de resolver, sino que por el contrario se hace la declaración de resolución en el fallo. Sin embargo, implícitamente se considera la declaración extrajudicial puesto que no se afirma la existencia de incumplimiento por parte de la demandada.

## **2. Sentencia de 28 de enero de 1943<sup>175</sup>**

[405] La STS de 28 de enero de 1943 continua la línea jurisprudencia establecida por la STS de 24 de octubre de 1941 ya expuesta. En el Considerando tercero de esta sentencia, el Tribunal Supremo reconoce: “Que la facultad que, según queda dicho, atribuye el artículo 1124 del Código civil al contratante que no haya incumplido previamente sus

---

<sup>175</sup> STS de 28 de enero de 1943; (RA 121).

obligaciones, para que a su amparo las resuelva eximiéndose de la prestación de las mismas, **no es sólo ejercitable en la vía judicial, sino también fuera de ella por manifestación unilateral**, sin perjuicio de que si el derecho ejercitado de este modo se impugna haya de quedar sometido a examen y sanción de los Tribunales según tiene ya declarado esta Sala, siguiendo una orientación marcada en anteriores sentencias, en la de 24 de octubre de 1941; y siendo esto así no cabe duda de que **cuando la parte contratante perjudicada por el incumplimiento opta por la resolución y manifiesta sin acudir a juicio su voluntad de quedar liberada de las obligaciones recíprocas, entonces tiene lugar y produce sus propios efectos la resolución**, aunque después se discuta su procedencia, si en el pleito que para ello se siga no se declara mal hecha la que lo fue unilateralmente.”

El actor alega que el demandado, por su sola voluntad y sin causa justificada, había dado por terminado el contrato de arrendamiento de servicios. Solicita que se condene al demandado al cumplimiento del contrato (lo que permitiría al actor seguir prestando sus servicios de contable) y a la indemnización de los daños y perjuicios que se le han ocasionado. El demandado se opone a la demanda aduciendo que el actor había incumplido las obligaciones derivadas del contrato lo que justificaría su despido.

El TS declara no haber lugar al recurso presentado por el actor contra la sentencia que desestimaba la demanda y estimaba la reconvencción. Se considera probado que fue el actor quién dejó incumplido el contrato mientras que el demandado actuó correctamente al estimar como grave la falta cometida y despedir al actor, haciendo uso del derecho que le otorgaba el contrato.

### **3. Sentencias que han seguido esta línea jurisprudencial**

[406] Son muchas las decisiones jurisprudenciales que se hacen eco de lo establecido en las sentencias de 24 de octubre de 1941 y 28 de enero de 1943 y que se refieren a lo declarado en ellas como “reiterada doctrina del TS”. Citamos como ejemplo algunas de ellas; en concreto, las que no



sólo mencionan esta forma de resolución sino que, además, en el caso concreto se plantean la eficacia de la misma.

[407] Así cabe mencionar la STS de 7 de enero de 1948<sup>176</sup> en cuyo Considerando tercero se afirma: “Que esta facultad de resolver las obligaciones (...) concedida en el artículo 1124 del Código Civil como implícita en ellas contra el contratante que dejare de cumplir lo que le incumbe, no requiere, cuando la realidad de este supuesto se produce, que sea ejercitada judicialmente, sino que, conforme tiene declarado una reiterada jurisprudencia, basta para su eficacia la manifestación por el perjudicado de su voluntad de resolver la obligación que le sería exigible sin el contrario incumplimiento”. Por lo que, probado que el demandante había incumplido sus obligaciones, asistía a la arrendadora la facultad resolutoria de tal forma que **“la manifestación hecha notarialmente por aquélla de su voluntad de rescindir el contrato incumplido era eficaz para producir su resolución”**.

[408] La STS de 16 de noviembre de 1956<sup>177</sup> transcribe literalmente lo establecido en la STS de 24 de octubre de 1941.

[409] En la STS de 25 de febrero de 1964<sup>178</sup>, el vendedor se opone a la pretensión de subsistencia del contrato instada por el comprador y hace valer la resolución llevada a cabo extrajudicialmente a través de una declaración unilateral. La sentencia desestima la demanda interpuesta

---

<sup>176</sup> STS de 7 de enero de 1948 (RA 13). Referida a un contrato de arrendamiento en el que se había pactado que la falta de pago de dos mensualidades otorgaba a la arrendadora la facultad de resolver el contrato por incumplimiento. Ante la falta de pago de más de dos mensualidades, la arrendadora procedió a realizar una notificación notarial manifestando su voluntad de resolver el contrato. El arrendatario presentó demanda en la que solicitó que se acepte la oferta de entrega de las mensualidades adeudadas y se declare la vigencia del contrato.

<sup>177</sup> STS de 16 de noviembre de 1956 (RA 3447; Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Bonet Ramos); Considerando tercero.

por el comprador por entender que el contrato estaba resuelto. En el Considerando primero de dicha sentencia, refiriéndose al artículo 1124 CC se puede leer que la resolución “no precisa del ejercicio de una acción judicial, conforme a reiterada jurisprudencia contenida entre otras en sentencias de 24 de octubre de 1941 y 19 de marzo de 1949, sin perjuicio de que esta resolución contractual fuese impugnada por la otra parte, en cuyo supuesto los Tribunales decidirán si es justa o si no está ajustada a derecho”<sup>179</sup>.

[410] Por su parte, la STS de 5 de julio de 1980<sup>180</sup> es muy clara en su Considerando segundo cuando afirma: “Que la resolución del contrato bilateral por incumplimiento mediante una declaración de voluntad

<sup>178</sup> STS de 25 de febrero de 1964 (RA 1148; Ponente: Excmo. Sr. D. Jacinto García Monge y Martín).

<sup>179</sup> En la STS de 4 de noviembre de 1958 (RA 3432; Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Rodríguez Valcárcel) también se plantea la eficacia de una declaración extrajudicial de resolución. El TS, después de afirmar “(q)ue la resolución de los contratos sinalagmáticos fundada en el incumplimiento por una de las partes de su respectiva prestación, puede tener eficacia: primero, por declaración de voluntad de la otra hecha extraprocésalmente, si no es impugnada luego en juicio con éxito; y segundo, por demanda de la perjudicada cuando no opte por el cumplimiento...” (Cdo. primero) estima que en el caso concreto el acusado de incumplidor ha impugnado correctamente la eficacia de la declaración porque ha demostrado que la otra parte había incumplido sus propias obligaciones.

Menos importante es la STS de 25 de marzo de 1965 (RA 1717; Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Rodríguez Valcárcel) en la que se encuentra un pronunciamiento favorable al reconocimiento de la forma de resolución mediante declaración unilateral del acreedor porque la cuestión planteada y resuelta en la sentencia no se refiere a la validez y eficacia de una declaración unilateral de resolución sino a la petición principal de cumplimiento del contrato y subsidiaria de resolución para el caso de que el primero resultare imposible. Tampoco es determinante la STS de 18 de noviembre de 1967 (RA 5043; Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Taboada Roca), en la que el recurrente en casación alega violación de la doctrina legal que declara que la resolución contractual por incumplimiento no precisa de declaración judicial previa sino que puede ser ejercitada por declaración unilateral del perjudicado por el incumplimiento. El TS, admitiendo que es posible que la resolución del contrato opere mediante declaración unilateral del perjudicado por el incumplimiento, desestima el motivo porque “para que este motivo pudiera prosperar, habría sido preciso que la Sala sentenciadora, al enjuiciar la resolución unilateralmente decretada por el Sr. I., la hubiese declarado procedente, como derivada del claro y manifiesto incumplimiento de sus obligaciones cometido por la contraparte” cosa que no sucedió (Cdo. sexto). En la STS de 21 de mayo de 1976 (RA 2306; Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Taboada Roca) finalmente se cuestiona la legalidad de una resolución llevada a cabo extrajudicialmente por el comprador. El vendedor presenta demanda en la que solicita que se declare la vigencia del contrato y se declare la ilegalidad de la declaración de resolución efectuada por el comprador al no existir incumplimiento resolutorio. El TS después de reconocer la validez de las declaraciones unilaterales de resolución, señala que en el caso concreto la declaración unilateral de resolución es ineficaz porque no existía el incumplimiento achacado al vendedor (Cdo. decimoséptimo).

<sup>180</sup> STS de 5 de julio de 1980 (RA 3085; Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García), Cdo. segundo.

**del acreedor por la cual hace saber al deudor su decisión de dar por extinguido el vínculo negocial**, forma expresamente regulada por algunos ordenamientos foráneos (Código civil alemán y Código italiano de 1942, entre otros), viene también admitida por el Código civil patrio según enseña la jurisprudencia, señalando que el art. 1124 atribuye a la parte perjudicada por la infracción de lo pactado un derecho de opción entre exigir el cumplimiento o la resolución de lo convenido, que puede ejercitarse acudiendo a la vía judicial o bien fuera de ella por manifestación del acreedor, a reserva, claro está, que si la declaración resolutoria hecha por uno de los contratantes resulta impugnada por el otro, queda el tema referido sujeto al examen y sanción del Juez quien habrá de decidir si tal resolución ha sido debidamente actuada o si, por el contrario no se ajusta a la norma legal”.

Y si bien en el caso en cuestión se considera que el deudor incumplidor aceptó la resolución declarada extrajudicialmente (aceptación que es tenida en cuenta por el TS para afirmar que en este caso “la declaración recepticia del acreedor no difiere sustancialmente en sus efectos de la resolución convencional, a pesar de que no haya nacido un nuevo negocio en tal sentido, esto es, acordándola”) por si existiera alguna duda acerca de la posibilidad de resolver el contrato mediante declaración unilateral, el Tribunal Supremo insiste en el Considerando tercero: “Que la sentencia recurrida, sin negar que la resolución contractual arranca de la unilateral declaración del vendedor demandado, atiende al relato de ambos contendientes (...) para entender que al fin ambos contratantes se hallan de acuerdo en que la disolución de la compraventa se tenga por operada con recíproco reintegro de las prestaciones, aunque disientan en la cuantía (...)”. Además, desestima el motivo del recurso que aduce interpretación errónea del 1124.1 y 2

CC, porque considera que la Sala sentenciadora no da por existente una resolución convencional, entendida como acuerdo de los otorgantes dirigido a cancelar los efectos del contrato de compraventa a la manera de una propia disolución por mutuo disenso “sino que a la hora de analizar las posiciones de los litigantes entiende *ex abundantia*”, que el demandante y demandado “se hallan conformes en que se dé por resuelto el contrato de compraventa”.

[411] Este reconocimiento de una resolución por incumplimiento que opera por declaración unilateral del acreedor ha seguido repitiéndose a lo largo de las décadas como lo demuestran multitud de sentencias. Entre otras muchas, las SSTS de 5 de noviembre de 1982<sup>181</sup>, de 28 de febrero de 1989<sup>182</sup> y de 4 de abril de 1990<sup>183</sup>.

<sup>181</sup> STS de 5 de noviembre de 1982 (RA 6528; Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García), Considerando tercero: “Con independencia de sus orígenes y de las pautas seguidas en el Derecho comparado, ya otorgando exclusivo carácter judicial al remedio resolutorio (art. 1184 del C.civ. francés), bien subordinando la virtualidad de la declaración del acreedor al incumplimiento por el deudor en el plazo que discrecionalmente le fija (art. 1454 CC italiano), la doctrina jurisprudencial enseña que la facultad resolutoria puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no sólo en la vía judicial, sino mediante declaración no sujeta a forma dirigida a la otra parte, a reserva -claro está- de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada (negando el incumplimiento o rechazando la oportunidad de extinguir el contrato), determinando en definitiva si la resolución ha sido bien hecha o si ha de tenerse por indebidamente utilizada”. En su recurso la recurrente alegaba que su incumplimiento había sido de obligaciones accesorias y que no existía por su parte una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento ni un hecho obstativo que de modo absoluto y definitivo impidiera el cumplimiento por lo que no resultaba procedente la resolución practicada unilateralmente por la otra parte. El recurso fue desestimado por el TS entre otras razones porque considera que el incumplimiento era de la suficiente entidad.

<sup>182</sup> STS de 28 de febrero de 1989 (RA 1409; Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda), en cuyo Fundamento de Derecho tercero se afirma: “La facultad resolutoria de los contratos puede ejercitarse en nuestro ordenamiento, no sólo en la vía judicial sino mediante declaración no sujeta a forma y dirigida a la otra parte, a reserva de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada, bien negando el incumplimiento, bien rechazando la oportunidad de extinguir el contrato (...)”. En el caso resuelto por la sentencia el TS considera que el incumplimientos contractual que la Sala “a quo” atribuye a la parte recurrente tiene la entidad suficiente para afirmar frustrado el fin perseguido con el contrato de distribución de productos con pacto de exclusiva al quedar defraudada la confianza del concedente en el concesionario y por tanto es un incumplimiento bastante para tener por bien hecha la resolución extrajudicial del contrato.

<sup>183</sup> STS de 4 de abril de 1990 (RA 2694; Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes). En el caso resuelto por la sentencia, el acreedor, ante el impago de las rentas debidas en virtud del contrato realiza un requerimiento resolutorio a la otra parte. El TS casa la sentencia dictada en apelación y declara la validez de la dictada por el Juzgado que reconocía la resolución llevada a cabo por el acreedor. En su Fundamento de Derecho segundo se afirma que “la opción entre exigir el

## **B. LA DOCTRINA DE LOS AUTORES SOBRE LA RESOLUCIÓN UNILATERAL POR INCUMPLIMIENTO**

[412] Quizá, los primeros autores que se enfrentan de modo directo a la cuestión relativa a la declaración unilateral del acreedor como forma de resolución por incumplimiento son **Pérez González y Alguer**. Defienden estos autores la posibilidad de un ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria por declaración unilateral de una de las partes, aunque reconocen que esta afirmación puede ser “muy discutida”. Para apoyar su solución, recurren al hecho de que nuestro artículo 1124 CC no contiene afirmaciones semejantes a las del artículo 1184 CC francés, y que en él se contempla una “facultad” de resolver las obligaciones, sin necesidad de previa declaración de los tribunales. Ello les permite

---

cumplimiento o la resolución de lo convenido corresponde a la parte perjudicada por el incumplimiento del contrato y puede ejercitarla ya en la vía judicial, ya fuera de ella, a reserva de que si la declaración de resolución se impugna por la otra parte quede sometida al examen y sanción de los Tribunales, que declararán si es o no ajustada a derecho, pues los efectos de la resolución han de ser instados y obtenidos por la vía judicial- SS. 24 de octubre 1941, 28 enero 1943, 7 enero 1948, 10 marzo 1949 (1950/ 536), 23 diciembre 1953 (1954/289), 30 septiembre 1955 (RA 2727 no se si está), 16 noviembre 1956, 4 noviembre 1958, 22 junio 1959, 9 marzo 1960, 19 mayo 1961 (RA 2324), 25 marzo 1964, 2 noviembre 1965, 6 octubre 1967, 5 julio 1971, 21 mayo 1976...-, pero la resolución del contrato es acto del contratante que considera incumplido el mismo por el otro -. S. de 17 de enero de 1986- y puede solicitarse mediante voluntad unilateral de quien ha cumplido, siendo la resolución que la acoge proclamación simple de la resolución ya operada -S. de 14 de junio de 1988 (RA 4875).”

Más recientemente, la STS de 23 de enero de 1999 (RA 419; Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes) parte también del reconocimiento de una resolución unilateral (aunque en el caso concreto existía una cláusula resolutoria expresa) pues estima que el contrato quedó resuelto desde el mismo momento en que la parte beneficiada por dicha cláusula comunicó por escrito a la otra parte su decisión de resolver el contrato. Así, en el Fundamento de Derecho segundo puede leerse que “la resolución puede ejercitarse ya en vía judicial, ya fuera de ella, a reserva de que si la declaración resolutoria se impugna por la otra parte quede sometida al examen y sanción de los Tribunales, que habrán de declarar en definitiva bien hecha la resolución o, por el contrario, no ajustada a derecho, siendo lo primero lo que ha ocurrido en el caso que nos ocupa”. Y aunque la parte que resolvió el contrato no recurre en casación, el TS afirma que “la Audiencia debió aclarar por qué concedió los intereses sólo desde la interpelación judicial y no, como se le pedía por HH, desde el 28 de diciembre de 1989 (fecha de la carta de resolución), problema que ha quedado erradicado al recurrir en casación solamente IDE, con aquietamiento de HH a lo fallado”. Termina afirmando que “(e)n definitiva: producida la resolución «ope legis», en cuanto concurre la circunstancia que la fundamenta, sin necesidad de que lo declare un Tribunal, siquiera sea necesario cuando alguien se oponga a ello y declarada bien hecha la resolución, sus efectos se producen “ex tunc”, no “ex nunc”.

concluir que en nuestro Derecho, la resolución puede hacerse por declaración no sujeta a forma, dirigida a la otra parte<sup>184</sup>.

Sobre caracterización de la resolución como una "facultad" se pronuncia, como hemos visto, la STS de 24 de octubre de 1941 que declara: "Que el Código español, apartándose de los precedentes que le marcaban algunos Códigos extranjeros, como el francés y el italiano<sup>185</sup> en los que se dice que la resolución debe ser pedida judicialmente, regula dicha resolución como una **"facultad" atribuida a la parte perjudicada por el incumplimiento**, la cual tiene un derecho de opción entre el exigir el cumplimiento o la resolución de lo convenido, que puede ejercitarse (...) ya en la vía judicial, ya fuera de ella, **por declaración del acreedor**; a reserva claro es, de que si la declaración de resolución hecha por una de las partes se impugna por la otra, quede aquélla sometida al examen y sanción de los Tribunales, que habrán de declarar en definitiva, bien hecha la resolución, o, por el contrario, no ajustada a derecho".

[413] Se puede decir que a partir de estos autores, la generalidad de la doctrina (aunque sin detenerse mucho en la cuestión), sostiene la posibilidad de un **ejercicio de la resolución a través de declaración no sujeta a forma y dirigida a la otra parte, a reserva de que si la declaración de resolución hecha por una de las partes se impugna por la otra, quede aquélla sometida al examen y sanción de los Tribunales que habrán de declarar, en definitiva, bien hecha la resolución o, por el contrario, no ajustada a derecho**. En apoyo de lo anterior se hace constante referencia a las SSTS de 17 de febrero de 1912, 19 de junio de 1913, 10 de abril de 1929, 24 de octubre de 1941, 28 de enero de 1943, 7 de enero de 1948, 19 de noviembre de 1949, 6 de octubre de 1967 y 5 de julio de 1971<sup>186</sup>.

<sup>184</sup> PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Anotaciones a la obra de Enneccerus-Lehmann, Derecho de Obligaciones*, I, 1933, § 39.I.

<sup>185</sup> Refiriéndose al Código civil italiano anterior al vigente Código de 1942 que sí reconoce una resolución mediante declaración unilateral del acreedor.

<sup>186</sup> PINTÓ RUIZ "En torno a la llamada condición resolutoria tácita (art. 1124 CC)" [continuación], *R.J.C.*, 1953, pp. 424 a 446, p. 430 y "En torno a la llamada condición resolutoria tácita (art. 1124 CC)" [conclusión], *R.J.C.*, 1954, pp. 25 a 45, p. 29; CASTRO, "Rapport sur les sanctions attachées à

## 1. La resolución como efecto de la declaración del acreedor

[414] Conforme a la línea doctrinal expuesta, el remedio resolutorio previsto en el artículo 1124 CC es una facultad del acreedor que en ningún caso requiere el consentimiento del deudor, sino que, concurriendo los requisitos necesarios —incumplimiento resolutorio—, depende de la exclusiva voluntad de aquél. **La resolución tiene lugar y produce sus efectos cuando el acreedor se lo notifica al deudor.** Cosa distinta es que con posterioridad se discuta ante el órgano judicial si se realizó correctamente o por el contrario no se ajustaba a derecho la declaración de resolución. En el caso de que el juez declare que la resolución era conforme a derecho, ésta será efecto de la declaración del acreedor, no de la sentencia judicial<sup>187</sup>.

El posterior proceso judicial se puede plantear de diversas formas. Puede suceder que sea el propio acreedor quien, ante la negativa del deudor a reconocer la validez de la declaración de resolución o a dar cumplimiento a sus efectos (ej. se niega a restituir lo que le corresponde), acuda a los tribunales para que le reconozcan su derecho. En este caso, en su demanda el acreedor debe solicitar al juez que constate y declare que la resolución tuvo lugar conforme a derecho en el momento en que se realizó la declaración; en su caso, solicitará que se condene al demandado a dar cumplimiento a los efectos de dicha

---

*l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial. Schéma sur le droit espagnol*" en *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française*, XVII, pp. 95 a 104, p. 100; MANRESA, J.M., *Comentarios al Código civil español*, VIII, vol. I, 6ª ed. revisada por Miguel Moreno Mocholi, Madrid, 1967; CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho civil español, común y foral*, III, *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, 11ª ed. revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero, pp. 114 y 115; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. 1º, *Parte General. Delito y cuasidelito*, 1ª ed., p. 121, OGÁYAR AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1124 y 1504 del CC*, pp. 106-107., DELL'AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, p. 191; PANTALEÓN, "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", *A.D.C.*, 1993, pp. 1719 a 1745, p. 1731 y, recientemente, CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, núm. 62.

resolución. El juez en su sentencia se limita a declarar si la declaración se ajustaba a derecho y por tanto tuvo lugar la resolución, o por el contrario era improcedente.

También puede ocurrir que sea el deudor quien, haciendo caso omiso de la declaración de resolución, acuda a los tribunales solicitando el cumplimiento del contrato. En ese caso, es necesario que el acreedor en reconvencción alegue la existencia de dicha declaración y pruebe su procedencia<sup>188</sup>.

## 2. Significado de la intervención judicial

[415] La superación del carácter exclusivamente judicial de la resolución por incumplimiento y la admisión de una resolución por declaración unilateral, lleva a la doctrina a replantearse el significado del ejercicio judicial de la resolución. Es necesario conciliar ambas formas de ejercicio de un mismo remedio, la resolución por incumplimiento. En concreto, no es posible seguir defendiendo que cuando el acreedor acude al proceso para que tenga lugar la resolución, dicha resolución produce efectos cuando existe una sentencia judicial que la declara<sup>189</sup>. No puede ser que la facultad resolutoria dependa unas veces de la voluntad del acreedor y otras de la sentencia judicial.

De ahí que la doctrina se refiera a la declaración de voluntad de querer liberarse como el hecho generador de la resolución por

---

<sup>187</sup> DELL' AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, p. 195.

<sup>188</sup> Con carácter general, afirma CLEMENTE MEORO, que la resolución ha de ser hecha valer por vía de acción, y no cabe su alegación como excepción, a no ser que se trate de una resolución convencional o ya declarada judicialmente (*La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, núm. 63).

<sup>189</sup> Tal y como lo defiende, por ejemplo, ÁLVAREZ VIGARAY que afirma que "la demanda de resolución lo que hace es poner en marcha el proceso en el que se va a discutir la procedencia de la resolución, pero no produce ésta, pues, la resolución sólo se verifica cuando el tribunal pronuncia la sentencia declarando haber lugar a ella (*La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, p. 200).



incumplimiento, ya se ponga de manifiesto en una declaración unilateral dirigida al deudor, ya se ponga de manifiesto en una demanda judicial solicitando un pronunciamiento judicial en tal sentido<sup>190</sup>. La **intervención del juez tanto en uno, como en otro caso, va encaminada a verificar que concurren los presupuestos necesarios para el ejercicio de la resolución**. En el caso de ejercicio extrajudicial de la resolución, el juez ratifica la resolución practicada con anterioridad por el acreedor (verifica que en el momento de realizarse la declaración de resolución, el incumplimiento atribuido al deudor existía y era procedente el recurso a la resolución), de no ser así, la declaración de resolución se considera no ajustada a derecho y por tanto improcedente. En el caso de ejercicio judicial de la resolución el juez, antes de sancionar la resolución ejercitada por el acreedor en la demanda, constata que, en el momento de presentación de la misma, concurren los presupuestos necesarios para su ejercicio (de ahí que el acreedor, desde la presentación de la demanda ejercite el *ius electionis* y carezca de *ius variandi*)<sup>191</sup>.

[416] Es posible afirmar que resolución judicial y resolución por declaración unilateral son dos formas paralelas y alternativas de ejercicio del derecho de resolución en Derecho español. Ambas formas presentan ventajas e inconvenientes, normalmente el acreedor seguirá acudiendo a la vía judicial cuando quiera evitarse el riesgo de que con posterioridad se declare que la resolución no era procedente o, cuando tema que el deudor no dará cumplimiento a los efectos de dicha resolución (restituciones).

<sup>190</sup> DELGADO, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, 1, núm. 124.

<sup>191</sup> En este sentido CLEMENTE MEORO afirma que en caso de ejercicio judicial de la resolución, dicha resolución se perfecciona con la demanda de resolución. Así, se explica que presentada la demanda de resolución el deudor no pueda enervar la acción resolutoria, y el acreedor tampoco pueda cambiar la opción que inicialmente ha hecho por el remedio resolutorio pues la resolución se produce

[417] La admisión en nuestro ordenamiento de una doble vía de ejercicio de la resolución por incumplimiento supone un distanciamiento de lo establecido en el Código francés pero no es exclusivo de nuestro derecho. A pesar de que existen ordenamientos como el francés que sólo admiten un ejercicio judicial de la resolución, o como el ordenamiento alemán que regula exclusivamente el ejercicio de la resolución mediante declaración unilateral, existen otros ordenamientos que regulan de forma expresa dos vías o formas de ejercicio de la resolución. Así por ejemplo, citando uno de los Códigos civiles más recientes, el Código civil holandés reconoce ambas formas de ejercicio. En el artículo 6:267 BW, en el apartado (1) hace referencia a una resolución que tiene lugar por declaración escrita del acreedor, y en el apartado (2) declara que la resolución también puede ser pronunciada por el juez ante la demanda realizada por el acreedor<sup>192</sup>

### 3. Falta de reconocimiento legal de esta forma de resolución

[418] Álvarez Vigaray, que se ocupa con cierto detenimiento de la forma de ejercicio de la resolución por incumplimiento, enumera tres formas de resolución: judicial, consentida y por declaración unilateral del deudor. Considera que las dos primeras formas son claramente admisibles en nuestro Derecho. Sin embargo, por lo que respecta a la resolución que tiene lugar a través de la **declaración unilateral del acreedor** en la que el acreedor notifica al deudor su decisión de dar por resuelto el contrato ante el incumplimiento de éste, pone de manifiesto que, a pesar de su reconocimiento por la jurisprudencia española, su admisión en nuestro Derecho se encuentra con importantes obstáculos, principalmente

---

desde que el acreedor opta por ella (*La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, núms. 62 y 69).

<sup>192</sup> Artículo 267: "1. The contract is set aside by a written declaration of the person entitled to do so.  
2. It may also be pronounced by the judge upon the demand of such person."

derivados del hecho de que el artículo 1124 CC no reconoce expresamente esta forma de resolución que, por tanto, carece de regulación<sup>193</sup>.

[419] No le falta razón a este autor al realizar esta afirmación, pues ya hemos podido comprobar cómo esta forma de resolución por declaración unilateral existe en varios ordenamientos internos y en el Derecho uniforme, y en todos ellos, a diferencia de lo que sucede en nuestro Derecho, se le dota de una regulación legal.

De hecho, cuando un ordenamiento jurídico regula la resolución por incumplimiento realiza un balance entre los intereses en conflicto, (el interés de la parte perjudicada por el incumplimiento a la que se le reconoce el derecho de resolución, y la protección que puede merecer la parte incumplidora) y prevé, en concreto, qué es necesario para que tenga lugar la resolución por sentencia judicial o por declaración unilateral<sup>194</sup>.

[420] La especialidad de nuestro ordenamiento radica precisamente en el hecho de que la regulación legal de la resolución sea eminentemente judicial y de que el debilitamiento del carácter judicial de la resolución haya sido obra de la jurisprudencia y de la doctrina.

Conforme al modelo de resolución judicial previsto en el artículo 1124 CC, la protección del deudor incumplidor se logra a través de la exigencia de la obtención de una sentencia judicial; así queda garantizado que el juez valorará la procedencia del remedio resolutorio. Al dar entrada a una resolución mediante declaración unilateral es necesario determinar cómo queda protegido en estos casos el interés del deudor, en concreto: qué pasos debe seguir el acreedor que ante el incumplimiento de la otra parte decide resolver el contrato; si es o no es

---

<sup>193</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, p. 233.

<sup>194</sup> *Vid. supra* [005].

necesario que le comunique al deudor su voluntad, y en el caso de que así sea, si tiene que hacerlo de una forma concreta; si antes de declarar la resolución tiene que dar al deudor una última oportunidad de cumplir; si tiene alguna trascendencia en la eficacia de la resolución el hecho de que el deudor no reconozca su incumplimiento o estime que el mismo no es causa de resolución.

La tarea no es fácil. La ausencia de regulación y la falta de precisión y uniformidad de las decisiones jurisprudenciales al respecto no nos la facilitan<sup>195</sup>. Si bien son constantes en la doctrina las referencias a una resolución extrajudicial, rápidamente comprobamos que son muy escasos los estudios destinados al análisis detallado de esta forma de resolución en nuestro ordenamiento.

[421] En el próximo capítulo nos vamos a ocupar de establecer cómo opera la resolución por declaración unilateral en nuestro ordenamiento. Las peculiaridades mencionadas nos hacen proceder con suma cautela, contemplando los rasgos identificativos de la resolución mediante declaración unilateral y comprobando su adaptación en nuestro ordenamiento, sin olvidar que a falta de reconocimiento legal expreso, tiene que haber cierto paralelismo entre el ejercicio judicial y extrajudicial, pues al fin y al cabo, el remedio resolutorio es único, lo único que varía es su forma de ejercicio.

---

<sup>195</sup> Compartimos plenamente la actitud adoptada por ÁLVAREZ VIGARAY cuando afirma que la jurisprudencia no es lo suficientemente detallada y uniforme como para colmar la laguna legal (*La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, p. 233).

## **CAPÍTULO II: LA RESOLUCIÓN MEDIANTE DECLARACIÓN**

### **DEL ACREEDOR**

[422] Defender que en nuestro ordenamiento es posible el ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria no es tan simple como afirmar que la resolución puede operar mediante declaración unilateral del acreedor. Tampoco es suficiente con declarar que la declaración de resolución constituye un acto libre y voluntario del acreedor, como ejercicio una facultad que el ordenamiento le otorga para el caso de incumplimiento. Es necesario determinar las características que ha de reunir dicha declaración para que sea eficaz.

La respuesta a estas cuestiones no es única, prueba de ello lo constituye el hecho de que entre los distintos ordenamientos y regulaciones que contemplan y reglamentan esta forma de ejercicio de la resolución no existe unanimidad en la respuesta a los interrogantes planteados, sino que, existen importantes divergencias técnicas en cuanto al *modus operandi* de la resolución.

En nuestro caso, nos encontramos con un obstáculo añadido, la falta de previsión en nuestro Código civil de esta forma de resolución. Disponemos, únicamente, de escasos pronunciamientos doctrinales y de las afirmaciones contenidas y reiteradas en numerosas decisiones judiciales. De entre ellas es significativa la STS de 5 de julio de 1980, en la que se puede leer "(q)ue la **resolución del contrato bilateral por**

**incumplimiento mediante una declaración de voluntad del acreedor por la cual hace saber al deudor su decisión de dar por extinguido el vínculo negocial, forma expresamente regulada por algunos ordenamientos foráneos (Código civil alemán y Código civil italiano de 1942, entre otros), viene también admitida por el Código civil patrio según enseña la jurisprudencia (...)"**.

El texto de la sentencia que acabamos de transcribir es de por sí ilustrativa de lo valioso que puede resultar el estudio de Derecho comparado en este tema. Sólo contrastando nuestras instituciones y maneras de resolver las cuestiones con las soluciones de otros ordenamientos, estaremos en condiciones de captar las verdaderas peculiaridades de nuestro sistema jurídico. En el fondo, a pesar de las diferencias en determinados aspectos formales, las soluciones que nuestro ordenamiento ofrece para el ejercicio de la resolución mediante declaración unilateral del acreedor no se apartan, en lo fundamental, de las de otros ordenamientos, como tendremos oportunidad de constatar a continuación.

## **I. NATURALEZA JURÍDICA Y RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE RESOLUCIÓN**

[423] La declaración de voluntad del acreedor de querer valerse del remedio resolutorio constituye la pieza clave del ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria. Para que la resolución tenga lugar al margen del proceso es necesario que el legitimado para ejercitarla (acreedor), exprese su voluntad de resolver el contrato por incumplimiento a través

de una **declaración unilateral**. Así se viene afirmando desde la doctrina más antigua.

[424] Pérez González y Alguer fueron los primeros que claramente defendieron que la resolución puede tener lugar *mediante declaración de una de las partes*<sup>1</sup>. Pintó, apoyándose en la STS de 24 de octubre de 1941 afirma que *basta la declaración del perjudicado, tratándose de una manifestación de voluntad que produce en sí misma todos los efectos sin necesidad de acudir a juicio*<sup>2</sup>. También Clemente de Diego declara que *en nuestro Derecho no se precisa más que la declaración de voluntad del titular del derecho de resolución*<sup>3</sup>. Y Manresa insiste en que la opción resolutoria cabe ejercitarla en vía judicial o fuera de ella *por la sola manifestación en tal sentido*<sup>4</sup>. Años más tarde, Álvarez Vigaray, se refiere a la resolución por declaración unilateral del acreedor pero hace especial hincapié en los obstáculos que presenta nuestro ordenamiento para su admisión<sup>5</sup>. Lacruz se refiere a la *declaración de voluntad de querer liberarse* realizada por el contratante cumplidor, o *manifestación de voluntad*<sup>6</sup>. Ogáyar alude a una *manifestación por el perjudicado de su voluntad de resolver*<sup>7</sup>. Y, Dell'Aquila, que también se ocupó en su momento de la figura de la resolución, expresamente declara que *el contratante fiel, por una simple declaración unilateral puede poner fin*

<sup>1</sup> PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, *Anotaciones a la obra de Ennecerus-Lehmann, Derecho de Obligaciones*, vol. I, *Doctrina general*, 1ªed., 1933, §§ 38 y 39.I.

<sup>2</sup> PINTÓ, "En torno a la llamada condición resolutoria tácita (art. 1124 CC)" [conclusión], *R.J.C.*, 1954, pp. 25 a 45, p. 29.

<sup>3</sup> CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de Derecho civil español*, II, *Derecho de obligaciones. Contratos. Derecho de familia*, 1959, p. 58.

<sup>4</sup> MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil*, 6ªed., VIII, vol. I, 1967.

<sup>5</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, pp. 228 y ss.

<sup>6</sup> LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. 1º, *Parte General. Delito y cuasidelito*, 1ªed., 1977, pp. 121 y 123.

<sup>7</sup> OGÁYAR AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1124 y 1504 del CC*, p. 106.

al contrato extrajudicialmente<sup>8</sup>. En términos parecidos Pantaleón se refiere a una resolución mediante declaración unilateral<sup>9</sup>. Y, en los últimos años, Clemente Meoro, uno de los autores que más se han ocupado de la cuestión, también se decanta por afirmar que la resolución por incumplimiento tiene lugar mediante declaración del acreedor<sup>10</sup>.

#### A. BREVE REFERENCIA A SU NATURALEZA JURÍDICA

##### 1. La resolución por incumplimiento como facultad de configuración jurídica

[425] Hoy resulta comúnmente aceptado que la resolución por incumplimiento constituye, en nuestro ordenamiento, una **facultad de configuración jurídica**, que tiene un origen legal en el artículo 1124 CC.

La denominada “facultad de configuración jurídica” supone una redefinición en nuestro Derecho de la categoría alemana “Derecho de configuración jurídica” (*Gestaltungsrecht*), concebido como el derecho que corresponde a una determinada persona de constituir una relación jurídica entre ella y otra persona o de modificarla o extinguirla, que es ejercitado, normalmente, a través de una declaración de voluntad recepticia.

Aunque en nuestro país, no faltan autores que acepten la categoría de “derecho de configuración jurídica”, también denominado “derecho de formación” o “derecho potestativo” (atendiendo a la terminología italiana), lo cierto es que la doctrina más autorizada mostró reticencias a su reconocimiento como categoría dogmática. Se denunció que dentro de la misma se incluyen supuestos muy heterogéneos entre sí. Castro puso de manifiesto que muchos de los que se denominan “derechos de configuración jurídica” no son más que simples manifestaciones de la capacidad de obrar, mientras que otros, en lugar de constituir derechos subjetivos independientes, no son más que simples facultades jurídicas que, como tales, forman parte de un derecho o una situación jurídica más amplia, que no son más que “poderes jurídicos” en el sentido de “posibilidades de crear, modificar, o extinguir una

<sup>8</sup> DELL'AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, p. 175.

<sup>9</sup> PANTALEÓN, “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *A.D.C.*, XLVI, 1993, p. 1731.

<sup>10</sup> CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, núms. 62 y 69.



situación jurídica". A pesar de proponer el abandono de esta categoría dogmática, Castro acaba reconociendo la existencia de un tipo de facultades que denomina "facultades de configuración jurídica" que se caracterizan por la posibilidad que ofrecen a su titular de "crear, modificar o extinguir una situación jurídica"<sup>11</sup>. Sobre esto último, Rivero Hernández, después de admitir que lo que tradicionalmente se conoce como derecho potestativo es, en algunos casos, una simple facultad jurídica, precisa que, mientras Federico de Castro hace depender estas facultades más de la relación jurídica que del derecho subjetivo, la doctrina más reciente las implica más a este último que a la relación jurídica<sup>12</sup>.

Como tal facultad de configuración jurídica, permite a su titular — acreedor perjudicado por el incumplimiento— extinguir la relación obligatoria a través del ejercicio extrajudicial de la misma que tiene lugar por declaración unilateral del acreedor dirigida al deudor incumplidor<sup>13</sup>.

La STS de 19 de noviembre de 1984<sup>14</sup> explica cómo operan las facultades de configuración jurídica: "Ya se utilice la denominación de derechos potestativos en sentido estricto, ora se hable de facultades de

<sup>11</sup> CASTRO y BRAVO, F. de, *Derecho civil de España*, I, 2ªed., 1949, pp. 604 a 606.

<sup>12</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I, *Parte General del Derecho civil*, vol. 3º, *El derecho subjetivo*, Barcelona, 1984, pp. 88 y 91.

<sup>13</sup> Díez-PICAZO y GULLÓN (*Instituciones de Derecho civil*, I, 1995, p. 288) citan como ejemplo de facultad de configuración jurídica, la facultad resolutoria del artículo 1124 CC. Posteriormente, al estudiar la resolución por incumplimiento, respecto del artículo 1124 CC señalan que "técnicamente otorga una facultad de modificación de la situación jurídica, consistente en poner fin a la relación obligatoria de las partes" (p. 567). En el mismo sentido, CLEMENTE MEORO (*La resolución de los contratos por incumplimiento*, p. 52 y en *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, § 3, núm. 9). DELGADO afirma que "la facultad de resolver puede configurarse por tanto, como un «derecho» potestativo, o al cambio jurídico, a la manera consagrada en el BGB" (DELGADO en LACRUZ et al., *Elementos de Derecho Civil*, II, *Derecho de Obligaciones*, vol. 1º, *Parte General. Teoría General del Contrato*, 3ªed., 1994, p. 204). RODRÍGUEZ TAPIA, J.M., sitúa a la facultad de resolución entre los derechos potestativos respecto de los cuales sus titulares pueden por si solos, de forma potestativa, producir efectos (en este caso extinguir una relación jurídica); ("Derechos potestativos", *E.J.B.*, vol. II, Madrid, 1995, p. 2407).

Pero no hay que olvidar que existen autores como MONTÉS PENADÉS que, aún reconociendo que la resolución prevista en el artículo 1124 CC constituye una "facultad", afirma que ésta se traduce únicamente "en una acción de resolución", en el sentido de que el ejercicio de esta facultad o derecho potestativo de provocar la resolución, lo es a través de la correspondiente acción. De forma clara expone: "La facultad de provocar la resolución es el instrumento a través del cual se consigue, previa la intervención judicial, el efecto de eficacia (*sic*) sobrevenida que hemos denominado *resolución de la relación jurídica* (MONTÉS PENADÉS, "Artículo 1124" (pp. 1171 a 1255), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, XV, vol. 1º, "Artículos 1.088 a 1.124 del Código Civil", 1989, pp. 1196, 1198 y 1199). Ello es posible porque dentro de la categoría dogmática de los derechos "de configuración jurídica" o derechos "potestativos", se distinguen dos tipos: aquéllos cuyo ejercicio requiere de forma imprescindible el ejercicio de una acción procesal, y aquéllos que se pueden ejercitar simplemente por una declaración de voluntad (RODRÍGUEZ TAPIA, "Derechos potestativos", *E.J.B.*, pp. 2408 y 2409).

<sup>14</sup> STS de 19 de noviembre de 1984 (RA 5565; Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García).

configuración jurídica, no cabe desconocer la existencia de poderes que permiten al sujeto en una situación singular prevista en la norma legal o establecida por los contratantes en lícito ejercicio del principio de autonomía negocial, ocasionar por su exclusiva voluntad un determinado efecto jurídico, sea constitutivo, modificativo o cancelatorio de la relación, poniendo término a la misma en este último caso; **derechos o facultades que se actúan normalmente no por medio de una acción sino a través de una declaración de voluntad recepticia, como tal dirigida a la otra parte, que genera el efecto deseado una vez producida la notificación del destinatario**", a lo que añade, "(e)l ejercicio en el aspecto funcional de tales derechos o facultades de modificación jurídica mediante una declaración de voluntad unilateral y recepticia, sin necesidad de pretensión ante los Tribunales"<sup>15</sup>.

## 2. La declaración de resolución como acto jurídico

[426] Se ha sostenido, en consonancia con la naturaleza jurídica reconocida a la facultad resolutoria, que su ejercicio a través de una declaración de voluntad unilateral constituye un *negocio jurídico*. Así, en sus anotaciones al Ennecerus, Pérez González y Alguer afirmaron respecto del remedio resolutorio en nuestro ordenamiento, que tratándose de una "facultad", puede tener lugar mediante declaración no sujeta a forma, dirigida a la otra parte contratante, o mediante acción deducida contra la misma, constituyendo "un negocio jurídico irrevocable"<sup>16</sup>. Igualmente, Dell'Aquila califica la declaración de resolución como "negocio unilateral recepticio"<sup>17</sup>.

Estas afirmaciones están en plena armonía con las categorías dogmáticas que operan en el ordenamiento alemán. En dicho ordenamiento, el "negocio jurídico" (*Rechtsgechäft*) se concibe como una abstracción de todos los actos que, en ejercicio de la autonomía privada, están dirigidos a constituir, modificar o extinguir una relación jurídica. Es posible, que un negocio jurídico esté constituido por una sola declaración de voluntad (*Willenserklärung*)<sup>18</sup>

<sup>15</sup> STS de 19 de noviembre de 1984, Considerando segundo de la primera sentencia.

<sup>16</sup> PÉREZ Y ALGUER, *Anotaciones a la obra de Ennecerus-Lehmann, Derecho de Obligaciones*, vol. II, 1ª ed, 1933, §§ 38 y 39.I.

<sup>17</sup> DELL' AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, p. 195.

<sup>18</sup> FLUME, W., *El negocio jurídico, Parte general del Derecho civil*, II, 4ª ed. no modificada, traducido por José María Miquel González y Esther Gómez Calle, Madrid, 1998, § 2.1 y § 2.2., pp. 49 y 50). FLUME pone de manifiesto que de esta abstracción surge un peligro, pues las normas del BGB sobre negocio jurídico, no surgieron históricamente para el negocio jurídico, sino que se trata de

cuando dicha manifestación de voluntad sea suficiente para instaurar una reglamentación (para constituir, modificar o extinguir una relación jurídica)<sup>19</sup>. Así ocurre, precisamente, en el caso del derecho de resolución (*Rücktrittsrecht*) que como derecho de configuración (*Gestaltungsrecht*), opera mediante declaración de voluntad (*Willenserklärung*). En sí misma constituye un auténtico “negocio jurídico”, en concreto, un negocio de configuración jurídica (*Gestaltungsgechäft*)<sup>20</sup>. Dentro de la categoría de derecho de configuración, el derecho de resolución forma parte de una subcategoría denominada “derecho de extinción” porque tiene como efecto la extinción de la relación obligatoria<sup>21</sup>.

[427] Sin embargo, siguiendo a la doctrina española más autorizada — que defiende una concepción más restringida de negocio jurídico—<sup>22</sup>, hemos de afirmar que la resolución por incumplimiento a través de una declaración de voluntad del acreedor no constituye un auténtico negocio jurídico principalmente por dos razones:

(1) La declaración de resolución, aunque es una declaración de voluntad que afecta a la relación negocial y está dentro del ámbito de la

---

normas nacidas de una larga evolución histórica para negocios jurídicos particulares que han sido trasladadas a la abstracción. En concreto, el modelo de las normas sobre el negocio jurídico ha sido la compraventa, pero, como denuncia este autor, lo que es “justo” para la compraventa puede no serlo para otros negocios jurídicos como el testamento, el matrimonio o el ingreso en una asociación (FLUME, *El negocio jurídico*, § 2.5, p. 58).

<sup>19</sup> FLUME, *El negocio jurídico*, § 2.3.a, p. 51.

<sup>20</sup> “El ejercicio de los derechos de configuración se efectúa por acto unilateral del titular, mediante negocio jurídico; en general, por declaración de voluntad, bien a un interesado, bien a una autoridad” (VON THUR, A., *Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán*, vol. I, *Los derechos subjetivos y el patrimonio*, traducción al español por Tito Ravá, Madrid, 1998, § 7.III (162)).

Respecto de las características de este tipo de derechos, señala este mismo autor que “el titular (A) tiene a posibilidad de producir efectos sobre las relaciones jurídicas de otro (B), constituir derechos, modificarlos y extinguirlos. Sin embargo, a esta facultad de (A) no corresponde un deber de (B) de hacer o abstenerse; no existe y no es necesario, porque, tratándose de derechos de configuración, el ejercicio de la facultad se realiza mediante una declaración unilateral de A”. “Los efectos de estos actos de A repercuten, en cierta medida, automáticamente sobre B, sin su intervención y sin que pueda tampoco impedirlos mediante oposición. La situación jurídica de B puede designarse como “vínculo” (en contraposición a “obligación”)” (VON THUR, *Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán*, vol. I, *Los derechos subjetivos y el patrimonio*, § 7.V (170)).

<sup>21</sup> Su contenido consiste en la facultad de destruir por voluntad unilateral una relación jurídica o derecho subjetivo singular; por lo que BEKKER les dio la denominación de “derechos negativos”. (VON THUR, *Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán*, vol. I, *Los derechos subjetivos y el patrimonio*, § 10.I (196)).

<sup>22</sup> CASTRO, (*El Negocio jurídico*, § 25). Este autor, aboga por un sentido estricto de la autonomía de la voluntad y en contra de una noción amplia de negocio jurídico, afirma que la doctrina que ve en el negocio una declaración dirigida al nacimiento, extinción o modificación de un derecho o de una relación jurídica, amplia en exceso y desnaturaliza el sentido del negocio jurídico. Pone el ejemplo de Flume que considera que la denuncia unilateral (*Kündigung*) constituye un negocio jurídico (p. 25).

autonomía privada, no ha de confundirse con un negocio jurídico, pues **carece de la independencia necesaria**; no es más que el ejercicio de una **facultad inherente a la misma relación jurídica afectada**<sup>23</sup>.

(2) La declaración de voluntad del acreedor, no es un negocio jurídico sino un simple **acto jurídico**. Si bien su autor tiene plena libertad para emitir dicha declaración, los efectos o las consecuencias que se derivan de ella están predeterminadas en la ley (no las establece el acreedor)<sup>24</sup>. Así lo afirman numerosas decisiones jurisprudenciales<sup>25</sup>.

Algo semejante sucede respecto del artículo 1454 CC italiano. Según dicho precepto, en caso de incumplimiento, el acreedor puede intimar al deudor a cumplir en un plazo razonable con la amenaza de la resolución en caso de que no cumpla. Si el deudor no procede al cumplimiento, la resolución operará de forma automática, transcurrido el plazo otorgado por el acreedor. En Italia predomina la tesis que sostiene que esta intimación al cumplimiento constituye un negocio jurídico unilateral y recepticio (Aragona; Dalmartello, Mirabelli, Trimachi)<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Respecto de las declaraciones que afectan a la relación negocial, señala CASTRO que "(c)arecen de independencia y del carácter de fundamento de la relación negocial y así del de título de los derechos que origina; por cuya razón se les distingue del negocio jurídico (sentido estricto)" (*El Negocio jurídico*, § 43).

<sup>24</sup> Mientras que en el ámbito del negocio jurídico, el autor o autores del mismo autorregulan sus propios intereses, estableciendo una norma de conducta vinculante para su satisfacción, en cambio, el acto jurídico en sentido estricto se halla ausente de todo contenido normativo, su autor, no tiene poder para configurar sus consecuencias jurídicas, porque éstas están predeterminadas por la ley. (DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, vol. I/1, *Introducción. Derecho de la persona*, 2ªed., 1998, p. 306).

ÁLVARO VIGARAY se refiere la declaración de resolución mediante "acto unilateral" (*La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, p. 232).

<sup>25</sup> Son numerosas las decisiones jurisprudenciales que así lo declaran, si bien en el ámbito del art. 1504 CC y de la compraventa de inmuebles, respecto de la cual la diferencia primordial con relación al art. 1124 estriba en los requisitos formales que ha de reunir dicho acto (requerimiento realizado "judicialmente o por acta notarial"). Así lo afirma por ejemplo, la STS de 12 de junio de 1989, FD sexto (RA 4432; Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales); STS de 26 de febrero de 1985 (RA 775; Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos de la Vega Benayas cuyo Considerando cuarto afirma que el requerimiento resolutorio constituye "un acto cuyo fin esencial y último es el ejercicio del derecho a la resolución contractual por incumplimiento, constituido por una declaración unilateral de voluntad a la que el pacto o la ley (arts. 1124 y 1255 CC) anuda el efecto jurídico de la resolución..." (reiterado por la STS de 27 de mayo de 1985 (RA 2814; Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos de la Vega Benayas, Considerando tercero).

<sup>26</sup> Así, COSTANZA afirma que parece más correcto identificar esta figura con un acto jurídico en sentido estricto (COSTANZA, "Art. 1454 Codice civile", en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Libro quarto: Delle Obligazioni. Della Risoluzione per Inadempimento*, LUMINOSO/CARNEVALI/COSTANZA, I, 1, "Art. 1453-1454", Bologna, 1990, pp. 431-448, pp. 443 y 444). También se muestra dudoso con la naturaleza de negocio jurídico atribuida a esta figura, NATOLI (p. 510). Y PALMIERI declara que si bien la declaración del intimante, es un acto voluntario, la voluntad es la sola voluntad de realizar el acto y no de disciplinar los efectos del acto

## B. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA DECLARACIÓN DE RESOLUCIÓN

[428] Nuestro Código carece de una regulación expresa de los actos jurídicos unilaterales, y tampoco contiene un precepto semejante al artículo 1324 CC italiano que establece que las disposiciones generales del Derecho de obligaciones sobre nacimiento, cumplimiento y extinción de los contratos se aplicarán también a los actos jurídicos unilaterales, entre vivos, que tengan contenido patrimonial salvo disposición legal en contra<sup>27</sup>.

Sin embargo, tal y como puso de manifiesto el profesor Castro<sup>28</sup>, la ausencia de un precepto como el italiano no significa una negativa “a dicha aplicación analógica”<sup>29</sup>, sino que, incluso, el Código civil parece inclinarse hacia una respuesta afirmativa. Así, el artículo 1090 CC, establece que las obligaciones derivadas de la ley “se regirán por los preceptos de la ley que las hubiere establecido; y, en lo que ésta no hubiere previsto, por las disposiciones del presente libro” (Libro cuarto, “de las obligaciones y contratos”). De esta afirmación, Castro extrae una conclusión: “Si el Código civil entiende que si obligaciones que no tienen por base la voluntad individual, ello no obstante, se someterán a las reglas de este libro, y por tanto también a las de los contratos, con mucha más razón habrá de admitirse que estas últimas se aplicarán a las otras obligaciones nacidas de declaraciones de voluntad, pero no de un

---

realizado, (PALMIERI, *La risoluzione per inadempimento nella Giurisprudenza*, 1994, pp. 310 y 325)

<sup>27</sup> El artículo 1.324 CC italiano bajo la rúbrica “normas aplicables a los actos unilaterales” afirma que salvo disposición legal en contra, se observarán las normas relativas al contrato, en cuanto sean compatibles, a los actos unilaterales intervivos que tengan contenido patrimonial.

Lo mismo sucede respecto del Derecho suizo, cuyo artículo 7 del Código civil establece que las disposiciones generales del Derecho de obligaciones relativas a la conclusión, a los efectos y a la extinción de los contratos son también aplicables a otras materias del Derecho civil.

<sup>28</sup> CASTRO, *El Negocio jurídico*, § 21.

<sup>29</sup> En Italia, la aplicación de las normas relativas al contrato a los actos unilaterales entre vivos y con contenido patrimonial se hace de forma directa, porque así lo impone la ley (GALGANO, *El Negocio*

contrato. Nada impide, por tanto, que se acuda a la aplicación analógica de las disposiciones legales sobre contratos y testamentos y de los principios que las inspiran, respecto de los demás supuestos en que juega la autonomía de la voluntad”<sup>30</sup>.

Por tanto, estamos en condiciones de afirmar que, en la medida en que la resolución por incumplimiento tiene lugar a través de una simple declaración de voluntad del acreedor y dicha declaración afecta a la relación negocial (extinguiéndola), **le resultan aplicables (por analogía) las normas establecidas en el Código civil para regular la declaración de voluntad contractual**, en concreto, las relativas a la existencia, capacidad, vicios e ineficacia (aunque no hay que olvidar que adaptadas al particular acto jurídico que nos ocupa)<sup>31</sup>.

## II. CARACTERÍSTICAS DE LA DECLARACIÓN DE RESOLUCIÓN

[429] La admisión de una resolución mediante declaración del acreedor significa que éste puede, unilateralmente, extinguir la relación

---

*jurídico*, traducido por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa, 1992, núm. 3 y 11, pp. 30 y 65 respectivamente).

<sup>30</sup> CASTRO Y BRAVO, F., *El Negocio jurídico*, § 21. En este mismo sentido DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN reconocen que la regla contenida en el art. 1090 CC de expansión de las normas sobre el contrato en general a la hipótesis en que la producción de efectos no tiene origen contractual, es importantísima (*Instituciones de Derecho civil*, vol. I/1, *Introducción. Parte general. Derecho de la persona*, Madrid, 1998, p. 304). Y MIQUEL afirma que las manifestaciones de voluntad, como actos semejantes a los negocios jurídicos, se regirán por analogía con las normas de los negocios jurídicos. Estas reglas se extraen a su vez, en nuestro Derecho, generalmente de las de los contratos, siempre, naturalmente, que no exista disposición en contrario del legislador (MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Acto jurídico (Derecho civil)”, *E.J.B.*, vol. I, Madrid, 1995, pp. 195 a 196, p. 196).

<sup>31</sup> CASTRO, *El negocio jurídico*, § 44. Entre otros, DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN también afirman respecto de los actos jurídicos que “parece necesario aplicar a la voluntad en la que se asientan las normas de la declaración de voluntad contractual en lo que aquéllos consientan, es decir, en cuanto admitan la analogía, salvo disposición en contrario del legislador (expresa o inducida de la regulación que haga del acto jurídico que se contempla en concreto)”; (*Instituciones. Parte general. Derecho de la persona*, 2ªed., 1998, p. 307). En términos semejantes, MIQUEL (“Acto jurídico”, *E.J.B.*, pp. 195 y 196, p. 196).

obligatoria que le une al deudor incumplidor. Con la declaración del acreedor, se extinguen las obligaciones que ligaban a ambas partes sin el consentimiento de una de ellas —el deudor—. Es precisamente el hecho de que el acreedor pueda provocar unilateralmente efectos en la esfera jurídica del deudor sin su consentimiento el que determina las características que necesariamente ha de reunir la declaración de resolución.

**A. LA NECESIDAD DE QUE LA DECLARACIÓN VAYA DIRIGIDA AL DEUDOR**

[430] La primera característica que debe reunir la declaración de resolución para ser eficaz en la esfera jurídica del deudor es que debe de ser **emitida por el acreedor frente al deudor**, debe ir **dirigida al incumplidor como destinatario** de la misma. Aunque nuestro artículo 1124 CC no se pronuncia expresamente, nadie duda de este requisito que, por otro lado, es una constante en las legislaciones de nuestro entorno.

En las regulaciones más recientes se declara expresamente la necesidad de que la resolución ejercitada por el acreedor sea comunicada al deudor. En este sentido, la *CISG* de 1980 establece en su artículo 26 que “la declaración de resolución del contrato surtirá efecto sólo si se **comunica a la otra parte**”<sup>32</sup>, y en términos muy similares se expresan los *UNIDROIT Principles*, cuyo artículo 7.3.2. (1) establece que “(e)l derecho de una parte a dar por terminado el contrato se ejercerá mediante **comunicación a la otra parte**”; y el artículo 9.303 (1) *PECL*<sup>33</sup>

<sup>32</sup> Dicho precepto fue introducido para poner fin a la posibilidad de una resolución *ipso facto* tal y como establecía la *ULIS*.

<sup>33</sup> En la versión inglesa de los principios “A party’s right to terminate the contract is to exercised by notice to the other party”, y en la versión francesa “la résolution du contract s’opère par notification au débiteur.”

que declara que el derecho de una parte a resolver el contrato se ejercita a través de una comunicación a la otra parte<sup>34</sup>.

[431] Este requisito implica que no basta con que la voluntad del acreedor de resolver el contrato llegue a conocimiento del deudor (no es suficiente una declaración pública), sino que es necesario que la declaración de resolución vaya dirigida a dicho deudor. En el ejemplo proporcionado por Date-Bah<sup>35</sup> queda clara esta exigencia. Aunque lo plantea en el ámbito de la *CISG*, es válido también en nuestro Derecho.

En un caso de compraventa de bienes, el comprador (C) que pretende resolver el contrato por incumplimiento del vendedor (V), convoca una conferencia de prensa en la que anuncia su decisión de resolver el contrato que le une a (V). (P) periodista que asiste a la conferencia de prensa, informa a (V) de la decisión de (C) de resolver el contrato. En este caso, aunque la decisión de (C) de resolver el contrato llega a conocimiento de (V), no ha existido una comunicación, en el sentido de “declaración dirigida directamente al deudor” eficaz para provocar la resolución del contrato por incumplimiento<sup>36</sup>.

[432] Nuestra doctrina no hace especial hincapié en esta precisión, quizá porque se sobreentiende o se presupone el requisito de que una declaración como la declaración de resolución —que produce directamente efectos en la esfera jurídica del deudor— deba, necesariamente, dirigirse a éste<sup>37</sup>. La jurisprudencia por su parte, en

<sup>34</sup> El artículo 9:303 (4) *PECL* prevé una excepción al requisito de la comunicación.

<sup>35</sup> DATE-BAH, “Art. 26 *CISG*”, en Bianca/Bonell, *Commentary on the International Sales Law*, 1987, pp. 222 a 225, pp. 224 y 225.

<sup>36</sup> LESER también defiende que no son eficaces para provocar la resolución las comunicaciones indirectas como pueden ser los comunicados de prensa, pues considera que tratándose de una declaración unilateral y constitutiva de la resolución, requiere que ésta sea clara y precisa en cuanto a la identidad del destinatario (LESER, H., “Article 26”, núm. 9, en Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of goods (CISG)*, 2ªed., traducida al inglés, Oxford, 1998, pp. 186 a 190).

<sup>37</sup> Aunque, por supuesto, existen breves menciones al mismo. Así, PÉREZ Y ALGUER sí que hacen referencia a una declaración “dirigida a la otra parte contratante” (*Anotaciones a la obra de Enneccerus-Lehmann, Derecho de Obligaciones*, vol. I, *Doctrina general*, 1ªed., 1933, § 39.I) y OGÁYAR AYLLÓN expresamente se refiere a una notificación del acreedor al incumplidor de su voluntad de resolver la obligación (OGÁYAR AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1124 y 1504 del CC*, p. 106); y DELGADO (en Lacruz



reiterados pronunciamientos ha afirmado que “la facultad resolutoria puede ejercitarse en nuestro ordenamiento **mediante declaración** no sujeta a forma y **dirigida a la otra parte**”<sup>38</sup>.

## **B. DELIMITACIÓN DEL MOMENTO DE EFICACIA DE LA DECLARACIÓN DE RESOLUCIÓN**

### **1. El momento de la recepción como modelo a seguir**

[433] Son constantes las referencias a la declaración de resolución como una declaración **recepticia**<sup>39</sup>.

Tradicionalmente se vienen equiparando en nuestro ordenamiento las declaraciones **dirigidas a una parte** y las declaraciones **recepticias**<sup>40</sup>. Se afirma que la declaración recepticia es aquella que ha de ser emitida frente a otro, en contraposición a las declaraciones no recepticias que son aquellas declaraciones de voluntad que no han de ser emitidas frente a otro<sup>41</sup>. Hasta aquí no se plantean problemas. Sin embargo, una cosa es afirmar que la declaración de resolución ha de ser emitida frente al deudor, y otra cosa es determinar qué criterios establece

---

Berdejo et al., *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, vol. 1º, *Teoría General del Contrato*, 3ªed., 1994, p. 204).

<sup>38</sup> Así lo afirma la STS de 14 de junio de 1988 (RA 4875; Ponente: Excmo. Sr. D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade, FD segundo), la STS de 19 de noviembre de 1984 (RA 5565; Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García, Cdo segundo de la primera sentencia); STS de 8 de julio de 1983 (RA 4203; Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García, Considerando tercero de la primera sentencia) y todas las sentencias en ella citadas.

<sup>39</sup> Así por ejemplo, la STS de 19 de noviembre de 1984 (RA 5565; Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García) afirma que “las facultades de configuración jurídica se actúan normalmente no por medio de una acción sino a través de una declaración de voluntad recepticia, como tal dirigida a la otra parte”, que “genera el efecto deseado una vez producida la notificación al destinatario”.

En la doctrina, DELL’AQUILA califica la declaración resolutoria como “negocio unilateral recepticio” (*La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, p. 195) y PANTALEÓN afirma que la resolución opera “mediante declaración recepticia” (“Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *A.D.C.*, XLVI, 1993, pp. 1719 a 1745, p. 1731).

<sup>40</sup> Así, Ferrándiz al estudiar las declaraciones de voluntad recepticias afirma que también se denominan “dirigidas” (FERRÁNDIZ GABRIEL, J.R., “Perfección, sustantividad y eficacia de la declaración de voluntad recepticia”, *R.J.C.*, 1986, núm. 1, pp. 105 a 126, p. 105). Y la STS de 19 de noviembre de 1984 (RA 5565) citada en la nota anterior.

la ley para las declaraciones que han de ser emitidas frente a otro, en concreto qué significa que la declaración de resolución tenga carácter recepticio<sup>42</sup>.

[434] Fue un autor alemán, Zitelmann, quién acuñó el término *declaraciones recepticias* para referirse a las declaraciones de voluntad que exigen ser emitidas frente a otro. La equiparación que hace este autor entre declaración recepticia y declaración que tiene que ser emitida frente a otro se explica fácilmente en el ordenamiento alemán. El § 130 del BGB establece que las declaraciones de voluntad que han de ser emitidas frente a otro, cuando éste no se encuentra presente, son eficaces en el momento en el que le lleguen<sup>43</sup>. Lo cual permite afirmar que en las declaraciones que han de ser emitidas frente a otro, se atiende a su recepción por el destinatario; en este sentido, constituyen “declaraciones recepticias”. En otras palabras, en Derecho alemán, para que produzcan efecto las declaraciones que han de ir dirigidas a la otra parte no basta con que hayan sido emitidas a su destinatario, sino que necesariamente han de llegarle.

[435] El Código civil español no contiene una regulación expresa de las declaraciones de voluntad que deben ir dirigidas a otra parte, carecemos de un precepto semejante al § 130 BGB.

A pesar de la falta de previsión legal, es necesario determinar cuándo producen efecto las declaraciones que, como la declaración de resolución, van dirigidas a un destinatario concreto<sup>44</sup>. En un plano

---

<sup>41</sup> DELGADO en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I, vol. 3º, 2000, núm. 322, pp. 167 a 168.

<sup>42</sup> Vid. FLUME, *El negocio jurídico*, § 14.4, p. 178.

<sup>43</sup> § 130.1.1 del BGB: “Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie ihm zugeht.”

<sup>44</sup> Apunta PUIG PEÑA que si bien esta distinción entre declaraciones recepticias y no recepticias iniciada por Zitelmann y admitida por la doctrina alemana no aparece reconocida expresamente en

puramente teórico, podríamos plantearnos su eficacia en cuatro momentos distintos: (1) momento de la emisión: la declaración de resolución produciría efectos en el mismo momento en el que el acreedor la emite; (2) momento de la expedición: la declaración de resolución produciría efectos cuando el acreedor se desprende de ella; (3) momento de la recepción: la declaración de resolución produciría efectos en el momento en el que es recibida por el deudor (cuando llega al ámbito o círculo de intereses del deudor —domicilio, establecimiento—); (4) momento del conocimiento: la declaración de resolución produciría efectos en el momento en el que el deudor tiene conocimiento de ella.

[436] El hecho de que la declaración de resolución deba ir dirigida al deudor, que deba serle comunicada, significa que, como mínimo, debe o debería llegarle. Por tanto, podemos descartar el momento de emisión y el momento de expedición de la declaración como momentos determinantes de su eficacia. Respecto de los otros dos momentos —el conocimiento y la recepción de la misma—, es preciso recalcar lo especialmente perturbador que resulta acudir a un elemento subjetivo, como lo es el momento de conocimiento de la declaración por el deudor, para determinar la eficacia de la declaración de resolución; más conveniente parece, optar por un elemento objetivo como puede ser la llegada de la declaración.

La principal razón para defender que lo más idóneo es **estar al momento de recepción de la declaración de resolución** nos la determina la propia naturaleza de la misma. La declaración de resolución se realiza en un momento de crisis contractual —provocada por la otra parte contratante que ha incumplido su obligación—, en ejercicio de un

---

nuestro CC, cabría sostener que la distinción está latente, (cita como ejemplo el art. 1262.2 CC); PUIG PEÑA, F., "Declaración de voluntad", *N.E.J.*, VI, Barcelona, 1952, pp. 283 a 290, p. 287).

derecho que el ordenamiento otorga al acreedor para salir de dicha situación.

Es cierto que la resolución mediante declaración unilateral produce directamente efectos en la esfera jurídica de la otra parte (el deudor incumplidor), sin que sea necesario su consentimiento; de ahí se deriva precisamente la exigencia de que el acreedor que opta por la resolución, se lo comunique al deudor; pero lo realmente importante es que se produzca una comunicación en forma, es decir idónea para ser conocida por el deudor, no tanto el conocimiento efectivo del deudor de dicha comunicación: bastará con exigir que la declaración de resolución llegue al destinatario susceptible de ser conocida por él<sup>45</sup>.

Por ejemplo, la STS de 22 de febrero de 1999 declara plenamente válido el requerimiento resolutorio no hecho de forma personal pues "aunque el requerimiento no hubiera sido personal y se hubiera efectuado con una vecina que se comprometió a hacerlo llegar a su destinatario, no por eso deja de ser válido, suficiente y trascendental (...) pues no se demostró como procedía, que la receptora no hubiese cumplido el encargo"<sup>46</sup>. La STS de 21 de mayo de 1991 refiriéndose al requerimiento resolutorio exigido por el artículo 1504 CC declara que dicho requerimiento será plenamente eficaz "siempre que se acredite que el mismo llegó a su destinatario; afirmada por la Sala sentenciadora en el fundamento jurídico cuarto de la resolución aquí recurrida, la realidad de la recepción de las repetidas cartas por su destinatario, el comprador recurrente, sin que tal aserto de carácter fáctico haya sido impugnado adecuadamente, es claro que aparece debidamente cumplimentado el controvertido requisito del previo requerimiento (...) "<sup>47</sup>. La STS de 11 de abril de 1990 da plena eficacia al requerimiento resolutorio realizado por correo certificado y recibido por la madre de la requerida de resolución<sup>48</sup>. Por su parte, la STS de 27 de

<sup>45</sup> Solución que, como hemos apuntado, parece recogida en el BGB cuyo § 130 establece el momento de eficacia de la declaración de voluntad recepticia en el momento de su recepción. Señala FLUME que los autores del BGB partieron de que la declaración recepticia de voluntad se perfecciona desde un punto de vista ideal, desde que es conocida y comprendida por parte del destinatario; pero fueron conscientes de que si se establecía como momento decisivo el de efectivo y real conocimiento de la declaración, el declarante se encontraría con insuperables dificultades de prueba respecto del momento de la entrada en vigor de la declaración de voluntad si tuviera que probar el elemento subjetivo de la toma de conocimiento para que la declaración de voluntad surtiera efectos (FLUME, *El Negocio jurídico*, § 14.3.a), p. 278).

<sup>46</sup> STS de 22 de febrero de 1999 (AC 547; Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil).

<sup>47</sup> STS de 21 de mayo de 1991 (RA 3775; Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda).

<sup>48</sup> STS de 11 de abril de 1990 (RA 2716; Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales).

mayo de 1988 declara la plena validez de un requerimiento resolutorio realizado al amparo del artículo 1504 CC a través de notario formulado mediante envío de carta certificada con acuse de recibo “una vez admitido y probado que el destinatario recibió efectivamente el requerimiento”<sup>49</sup>.

La elección del criterio de la recepción proporciona un mayor equilibrio entre los principios de buena fe, autorresponsabilidad y confianza, así como la mejor ponderación de los intereses en juego<sup>50</sup>. Ciertamente, una adecuada ponderación de los intereses en juego nos lleva a defender que la declaración de resolución debe ser eficaz cuando sea recibida por el deudor, de tal forma que llegue a su ámbito o círculo de intereses y sea susceptible de ser conocida por él. Exigiendo que la declaración de resolución llegue al ámbito o círculo de intereses del deudor, se permite al acreedor que prueba la recepción de la declaración valerse del remedio resolutorio independientemente de si el deudor ha llegado a conocerla, incluso aunque éste pruebe que no llegó a un conocimiento efectivo de la misma; además, se le permite al acreedor declarante calcular con antelación el momento en que su declaración va a surtir efectos.

[437] Esta solución goza de una amplia aceptación en el Derecho uniforme más reciente.

<sup>49</sup> STS de 27 de mayo de 188 (RA 3282; Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Latour Brotons).

Fuera del ámbito de la resolución por incumplimiento, el TS se ha pronunciado en este mismo sentido. Así, en el marco de un contrato de seguro, el TS en STS de 18 de junio de 1982 (RA 3429; Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García) declara que la facultad contractualmente atribuida “para reducir el importe del seguro en todo tiempo y lugar” sin más que comunicárselo a la aseguradora, “tiene como indispensable antecedente la existencia de una manifestación unilateral y recepticia dirigida por la aseguradora dándole a conocer la novación operada, aunque no se precisa el consentimiento de la segunda, y por lo tanto la necesidad de la efectiva recepción por la destinataria para que surta eficacia la declaración emitida, esencial requisito que el Tribunal *a quo* no da por cumplido afirmando, sin que su aserto haya sido combatido en el recurso por la vía procedente, que la recurrida L'Union des assurances de París no recibió la carta que afirma la aseguradora haberle enviado (...) e incluso no tiene por demostrado que dicha comunicación haya sido efectivamente remitida por la recurrente”.

<sup>50</sup> Así lo declara DIEZ-PICAZO, en *Fundamentos, I, Teoría del contrato*, 5ªed., 1996, pp. 283 y ss.

La *ULIS* —precedente inmediato de la *CISG*— contemplaba la posibilidad de que, en determinados supuestos, la resolución por incumplimiento operara *ipso facto*, sin necesidad de que el acreedor hiciera ningún tipo de comunicación en tal sentido al deudor. Pronto se pusieron de manifiesto los graves inconvenientes que provocaba una resolución de este tipo, especialmente las incertidumbres que generaba respecto a la existencia o no de la relación contractual (vid. *supra* []). Por este motivo y, principalmente, para permitir que el deudor adopte rápidamente las medidas necesarias para minimizar las consecuencias de la resolución (por ej. dejar de manufacturar, empaquetar o transportar las mercaderías objeto del contrato; o si ya había efectuado la entrega de las mercaderías, retomar su posesión y organizar su disposición), en la *CISG* se descarta cualquier tipo de resolución automática<sup>51</sup>. El artículo 26 *CISG* regula, con carácter general, el ejercicio del remedio resolutorio<sup>52</sup> y establece que “la declaración de resolución surtirá efecto sólo si se **comunica a la otra parte**”. La norma prevista en este artículo puede entenderse en el sentido de el contrato se resuelve cuando, **la notificación de la resolución llega al deudor**<sup>53</sup>. Se ha afirmado que la exigencia de comunicación es una carga que grava al acreedor y que consiste en la notificación de la resolución al deudor para que la resolución resulte eficaz<sup>54</sup>. Con el requisito de la notificación al deudor

<sup>51</sup> *United Nations Conference on contracts for the International Sale of Goods. Vienna, 10 March- 11 April 1980. Official Record. Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees United Nations*, Nueva York, 1981, p. 27.

<sup>52</sup> *United Nations Conference on contracts for the International Sale of Goods. Vienna, 10 March- 11 April 1980. Official Record. Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees United Nations*, Nueva York, 1981, p. 27.

<sup>53</sup> *United Nations Conference on contracts for the International Sale of Goods. Vienna, 10 March- 11 April 1980. Official Record. Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees United Nations*, Nueva York, 1981, p. 27.

<sup>54</sup> CABANILLAS, “Artículo 26”, p. 225.

se evitan las incertidumbres que se generaban cuando no se exigía dicha notificación<sup>55</sup>.

[438] Los Principios de UNIDROIT y los Principios de Derecho europeo de los contratos siguen la estela de la *CISG*.

El artículo 7.3.2 (1) *UNIDROIT Principles* dispone que el derecho de una parte a dar por terminado el contrato se ha de ejercer mediante una comunicación a la otra parte<sup>56</sup>. El artículo 1.9 *UNIDROIT Principles*, que regula de forma general todo tipo de comunicaciones — incluida por tanto la declaración de resolución o terminación del contrato—, establece que la comunicación se ha de hacer “por cualquier medio apropiado a las circunstancias” y **surte efectos cuando llega a la otra parte**<sup>57</sup>. Además, determina con precisión cuándo se considera que la comunicación llega a la otra parte; así, declara que la comunicación “llega” a su destinatario cuando se comunica oralmente (bien al destinatario o a la persona autorizada por él para recibirla) o es entregada en su establecimiento o dirección postal. En este último caso, no se exige que llegue a sus manos, es suficiente con que se ponga en manos de un empleado autorizado para aceptarla, o que sea depositada en su buzón, o sea recibida por su télex, fax, teléfono u ordenador<sup>58</sup>.

Finalmente, los *PECL*, apartándose de la regulación de ordenamientos como el francés y el italiano que prevén una resolución

<sup>55</sup> Señala DATE-BAH que la regla establecida en el art. 26 no es más que la manifestación del sentido común práctico en el curso de las relaciones (DATE-BAH, “Article 26”, en Bianca/Bonell, 1987, pp. 222 a 225, p. 224).

<sup>56</sup> En el caso de concesión de un plazo adicional al deudor para que cumpla, la comunicación dirigida al deudor otorgando dicho plazo puede contener además la previsión de que el contrato quedará automáticamente terminado si transcurre el plazo sin que el deudor proceda al cumplimiento, en cuyo caso no será necesaria una nueva comunicación declarando la terminación del contrato (art. 7.1.5 (3) *UNIDROIT Principles*).

<sup>57</sup> Art. 1.9 (2): “La comunicación surtirá efectos cuando llegue a la persona a la que vaya dirigida”.

<sup>58</sup> UNIDROIT, *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, 1995, pp. 24 y 201.

por declaración judicial, recurren también al procedimiento de la notificación a la otra parte según establece el **artículo 9:303 (1) PECL**<sup>59</sup>.

A favor de la necesidad de notificación de la resolución se alega que, un comportamiento conforme a la buena fe exige, normalmente, que el perjudicado por el incumplimiento que desea poner fin al contrato entregue una comunicación en tal sentido al deudor incumplidor. Así, este último puede adoptar las medidas necesarias y evitar la incertidumbre acerca de si el acreedor tiene previsto o no aceptar el cumplimiento<sup>60</sup>.

El requisito de la notificación para que proceda la resolución tiene dos **excepciones** previstas en la ley<sup>61</sup>. La primera de ellas está prevista en el **artículo 8:106 (3) PECL**, de acuerdo con el cual, es posible que la notificación en la que se otorga un plazo razonable al deudor para que pueda cumplir, además establezca que transcurrido el plazo sin que el deudor cumpla el contrato se resolverá automáticamente sin necesidad de ninguna notificación adicional. Verdaderamente, no se puede hablar de resolución sin notificación, porque la voluntad resolutoria se pone de manifiesto al conceder plazo, de no ser así, transcurrido el plazo de forma infructuosa el acreedor que quiere resolver debe notificarlo (sobre esta posibilidad volveremos al estudiar el contenido de la declaración de resolución).

La segunda excepción está prevista en el **artículo 9:303 (4) PECL**, conforme al cual, la resolución tiene lugar de forma automática, sin necesidad de notificación, cuando el incumplimiento de una de las

---

<sup>59</sup> Art. 9:303 (1) *PECL*: "A party's right to terminate the contract is to be exercised by notice to the other party".

<sup>60</sup> *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, editados por Lando/Beale, 2000, p. 414.

<sup>61</sup> *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, editados por Lando/Beale, 2000, p. 415.



partes es excusable en virtud del artículo 8.108 *PECL* y el impedimento es absoluto y permanente<sup>62</sup>.

El artículo 1:303 *PECL* establece, con carácter general, que la **notificación produce efecto si llega a la parte a la que va dirigida, y a partir de ese momento**<sup>63</sup>. La exigencia de que la notificación llegue al destinatario no significa que efectivamente haya tenido conocimiento de ella, basta con que le haya sido entregada de forma adecuada (por ej. la carta depositada en su buzón, o un mensaje enviado a su máquina de télex o fax)<sup>64</sup>.

## 2. El Derecho español y la declaración recepticia

[439] En el sistema español actual tiene difícil encaje la tesis de que la declaración de resolución es eficaz desde el momento de su recepción por el deudor.

[440] Para determinar el momento de eficacia de la declaración de resolución la doctrina mayoritaria en nuestro país ha optado por recurrir a los **criterios contenidos en las normas que regulan la perfección del contrato**, especialmente al **artículo 1262 CC** en su versión anterior a la reforma operada en 2002<sup>65</sup>. El artículo 1262 CC regulaba en su párrafo

<sup>62</sup> Precepto que fue objeto de nuestro estudio en la primera parte del trabajo, al estudiar la resolución automática.

<sup>63</sup> Art. 1303 (2) *PECL*: "(...) any notice becomes effective when it reaches the addressee."

<sup>64</sup> Art. 1303 (3) *PECL*: "A notice reaches the addressee when it is delivered to it or to its place of business or mailing address, or, if it does not have a place of business or mailing address, to its habitual residence."

*Principles of European Contract Law. Parts I and II*, editados por Lando/Beale, 2000, p. 129.

<sup>65</sup> PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER (*Anotaciones a la obra de Enneccerus/Kipp/Wolf, Tratado de Derecho civil*, tomo primero, II, 1.ª parte, 3.ª edición, al cuidado de Hernández Moreno y Gete-Alonso, Barcelona, 1981, p. 240); FERRÁNDIZ ("Perfección, sustantividad y eficacia de la declaración de voluntad recepticia", *R.J.C.*, 1986, núm.1, pp. 105 a 126, pp. 122 a 126); CAPILLA ("Declaración unilateral (Derecho civil)", *E.J.B.*, pp. 1931 y 1932); ALBALADEJO (*Derecho civil*, I, *Introducción y Parte general*, vol. 2º, "La relación, las cosas y los hechos jurídicos", 11ª ed., 1991, p.

segundo los efectos de la declaración contractual en el caso de que se empleasen medios de comunicación diferidos. Dicho precepto decía así: “La aceptación hecha por carta no obliga al que hizo la oferta sino desde que **llegó a su conocimiento (...)**”.

El tenor literal del artículo 1262.2 CC no dejaba lugar a dudas en cuanto al momento elegido por el legislador civil para considerar eficaz la declaración: **la declaración es eficaz cuando la conoce el destinatario**. Lo cual, significa que, en principio, para que la declaración produzca efectos es necesario que **llegue a conocimiento del deudor**. Así se entiende las constantes referencias doctrinales y jurisprudenciales en el sentido de equiparar declaración recepticia a declaración que ha de llegar a conocimiento del destinatario<sup>66</sup>.

---

183); y DELGADO (en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I, vol. 3º, Madrid, 2000, núm. 322, pp. 167 a 168).

<sup>66</sup> Por lo que se refiere a la doctrina, así lo afirma en el ámbito de las declaraciones contractuales, por todos, LALAGUNA, E., (“Sobre la perfección de los contratos en el Código civil”, *La Ley*, 1989, núm. 2, pp. 1135 a 1145, p. 1141) y respecto de las declaraciones recepticias en general, FERRÁNDIZ, “Perfección, sustantividad y eficacia de la declaración de voluntad recepticia”, *R.J.C.*, 1986, pp. 105 a 126, p. 122; y DELGADO afirma que este tipo de declaraciones producen efecto en cuanto sean conocidas (en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, I, vol. 3º, 2000, núm. 322, pp. 167 a 168). Es precisamente el tenor del artículo 1262 CC v. ant. el que lleva a ALBALADEJO a sostener que dado que en nuestro ordenamiento lo relevante es el conocimiento y no la recepción, en lugar de denominarse declaraciones recepticias deberían denominarse “declaraciones *cognitivas*” (ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, *Introducción y Parte General*, vol. 2º, “La relación, las cosas y los hechos jurídicos”, 11ªed., Barcelona, 1991, pp. 183 a 184).

En cuanto a la jurisprudencia, son muy numerosas las sentencias que afirman que las declaraciones recepticias han de llegar a conocimiento del destinatario. Sobre todo, nos encontramos con sentencias que resuelven cuestiones relativas al ejercicio de un derecho de opción mediante la declaración del optante en tal sentido. Así, por ejemplo, la STS de 1 de diciembre de 1992 (RA 10244; Ponente: Excmo. Sr. D. Gumersindo Burgos Pérez de Andrade) cuyo Fundamento de Derecho segundo, declara respecto del art. 1262.2 CC que acoge el momento del conocimiento; la STS de 22 de diciembre de 1992 (RA 10642; Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales) declara que “para que la compraventa quede perfeccionada es necesario que llegue a conocimiento del optatario o promitente la declaración de voluntad por la que el optante hace uso de la opción, dentro de un plazo, dado el carácter recepticio que tiene dicha declaración de voluntad” (citando las SSTs 7 noviembre 1967, 28 mayo 1976, 16 abril de 1979 (RA 1401) y 12 julio 1979 (RA 2951)); y la STS de 24 de mayo de 1994 (RA 3742; Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros) señala que “... por aplicación del artículo 1262, párrafo 2º del CC, los vendedores no quedaban obligados más que cuando conociesen la aceptación del optante” que a su vez cita la STS de 29 de septiembre de 1981 (RA 3247) relativas al ejercicio del derecho en el ámbito de una opción de compra.

En el ámbito de la resolución por incumplimiento también existen algunos pronunciamientos jurisprudenciales, si bien referidos a la resolución de las compraventas de inmuebles y al requerimiento resolutorio establecido en el artículo 1504 CC. Así, la STS de 23 de mayo de 1981 (RA 2138; Ponente: Excmo. Sr. D. José María Gómez de la Bárcena López) cuyo Considerando segundo declara respecto del requerimiento resolutorio que para que produzca plenos efectos es indispensable

[441] La elección del momento del conocimiento como momento de eficacia fue objeto de numerosas críticas<sup>67</sup>. Desde muy temprano, se puso de relieve que, en ocasiones, conduce a resultados insatisfactorios, en concreto, la aplicación rigurosa de este criterio puede dar lugar a abusos por parte del destinatario de la declaración, que puede retrasar deliberadamente la toma de conocimiento de dicha declaración. Este hecho, llevó a reconocer, con carácter general, la necesidad de matizar este criterio del conocimiento por el destinatario y aproximarse a un **criterio próximo al de la recepción**<sup>68</sup>.

Tanto las presunciones judiciales (1) como la puesta en juego del principio de responsabilidad y la equiparación entre conocimiento y posibilidad de conocer (2) han servido a tal objetivo.

(1) Si el destinatario recibe la declaración de resolución que va dirigida a él en circunstancias tales que lo normal es que haya conocido su contenido (hecho demostrado), es posible presumir que conoció efectivamente su contenido (afirmación presumida) pues lo normal es

---

que el deudor tenga conocimiento de tal efecto volitivo; y la STS de 26 de febrero de 1985 (RA 775; Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos de la Vega Benayas) que declara que el requerimiento previsto en el art. 1504 "tiene lógicamente naturaleza recepticia, o séase, necesidad de ser conocida por el comprador para saber a qué atenerse". Esta afirmación es repetida por la STS de 27 de mayo de 1985 (RA 2814; Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos de la Vega Benayas) y todas las que cita. Recientemente ha contenido un pronunciamiento idéntico la STS de 30 de diciembre de 1997 (RA 9193; Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda).

<sup>67</sup> Señala Ferrándiz que podría haberse evitado una generalización de lo previsto en el artículo 1262 CC, entendiendo que este precepto quedaba limitado a la oferta y aceptación, que son declaraciones negociales de formación del contrato, pudiendo entenderse que el resto de las declaraciones de voluntad quedaban fuera de esta regla (FERRÁNDIZ, "Perfección, sustantividad y eficacia de la declaración de voluntad recepticia", pp. 122-123).

<sup>68</sup> En contra de una aplicación rigurosa del sistema de cognición se manifestaron de forma temprana Pérez González y Alguer defendiendo que en determinados casos será relevante el momento de recepción de la declaración ("en los casos en los que la mala fe del oferente retrasase esa toma de conocimiento, no leyendo o no abriendo la carta recibida a pesar de poder hacerlo", y como solución "debiendo, por tanto, en tales casos, entenderse perfeccionado el contrato en el momento en que el oferente pudo tomar conocimiento de la aceptación recibida", PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER *Anotaciones a la obra de Ennecerus, Derecho civil (Parte General)*, I, vol. 2, 1ªed., Barcelona, 1935, p. 147), PUIG BRUTAU defendió en nuestro sistema un tránsito al momento de la recepción (*Fundamentos de Derecho civil*, II, vol. 1 "Doctrina general del contrato", 1ªed., 1954, p. 226).

que sea esto lo que suceda (enlace lógico)<sup>69</sup>. Tal presunción puede ser eliminada por el destinatario mediante una prueba en contrario, bien de la afirmación presumida, bien del hecho base<sup>70</sup>. Esta presunción judicial mantiene pues como momento determinante el momento del conocimiento y simplemente permite entender que éste se ha producido a partir del momento de la recepción, sin exigir necesariamente el conocimiento efectivo<sup>71</sup>.

(2) En virtud del principio de responsabilidad, el deudor no se puede beneficiar de la falta de conocimiento de la declaración de resolución que le sea imputable. Se entiende que la declaración de resolución es eficaz desde el momento en que haya sido posible que el deudor la conociera actuando con una diligencia media (dicho momento suele coincidir con el momento de llegada de la declaración al ámbito del control o círculo de intereses del destinatario, pero lo relevante es

<sup>69</sup> A favor de un sistema de presunción, ALBALADEJO, que entiende que desde que es posible el conocimiento de la declaración, es decir desde su recepción, se presume que si el destinatario no la conoce es por culpa suya, quedando a su cargo la prueba en contrario (ALBALADEJO, M., *Derecho civil*, I, vol. II, 9ªed., p. 184, y con anterioridad en *El Negocio jurídico*, Barcelona, 1958, p. 96).

<sup>70</sup> Respecto a la cuestión de la carga de la prueba señala GALLART que, en principio, al declarante le corresponderá probar la recepción por el destinatario de su declaración, y a este último, en caso de que lo alegue, le incumbirá la prueba de los hechos que le han impedido o imposibilitado tomar conocimiento. Pero, teniendo en cuenta la dificultad que en muchos casos entraña la demostración de la recepción, considera posible sostener que al que emite la declaración "le debe bastar con una prueba *prima facie* de verosimilitud o probabilidad de la recepción, con la natural posibilidad por parte del oferente (destinatario) de una contraprueba de hechos que desvirtúen esta probabilidad". (GALLART CASES, "El momento de la perfección del contrato entre ausentes", *R.J.C.*, núm. 77, 1960, pp. 290 a 300, p. 299).

Respecto de la posibilidad de una prueba en contrario señala Díez-PICAZO que en el caso de que el destinatario haya recibido una comunicación, si alega o incluso prueba que no la ha llegado a conocer *actúa deslealmente y contra los dictados de la buena fe* (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, *Introducción. Teoría del contrato*, 5ªed., 1996, p. 283).

<sup>71</sup> Así lo pone de manifiesto COCA PAYERAS, M., "Artículo 1262 CC", «Comentario al artículo 1262», en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, II, 2ªed., Madrid, 1993, p. 453.

En este punto resulta interesante realizar una breve referencia al ordenamiento italiano, que partiendo del momento del conocimiento, establece, a continuación, una presunción legal de conocimiento, desde el momento de la recepción de la declaración. Así, mientras que el artículo 1334 del CC italiano declara que "(g)li atti unilaterali producono effetto dal momento in cui pervengono a conoscenza della persona alla quale sono destinati", a continuación, el artículo 1335 CC italiano añade que "(l)a proposta, l'accettazione, la loro revoca e ogni altra dichiarazione diretta a una determinata persona si reputano conosciute nel momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario, se questi non prova di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia".

que haya podido ser conocida por él)<sup>72</sup>. Ello permite considerar que una declaración de resolución es eficaz aunque no haya sido conocida por el

<sup>72</sup> LALAGUNA sostiene que la prueba del posible conocimiento se tendrá a veces con la prueba del hecho de la recepción. Pero no hay que olvidar que el principio que acoge nuestro Código Civil es el de cognición y que la prueba de la posibilidad de conocimiento basada en el hecho de la recepción habrá de establecerse en términos de no fácil exactitud y claridad, y sin dar por supuesto que el hecho de la recepción será admitido en cualquier caso como presunción legal de conocimiento. Pues como el mismo afirma, "(d)e otra manera no se estaría introduciendo una corrección al sistema, sino cambiando el sistema las soluciones que se defiendan en el marco de dicho texto legal se han de mover necesariamente en el ámbito del sistema de cognición, porque nos guste o no, es el recogido en el artículo 1262 del CC" (LALAGUNA, "Sobre la perfección de los contratos en el Código civil", *La Ley*, 1989, especialmente, pp. 1142 y 1143). Solución a la que se suma COCA PAYERAS cuando afirma que la interpretación correctora que se lleve a cabo tiene que violentar lo menos posible el tenor literal del precepto, por lo que defiende que la presunción de conocimiento se basa en dos datos: "la recepción, sumada a la posibilidad de conocimiento por el diligente oferente" ("Artículo 1262 CC", p. 453).

GALLART, insistiendo en la diferencia entre nuestro sistema y el sistema de la recepción, afirma que aunque lo normal es que el que recibe la declaración tome conocimiento tan pronto como la reciba, también es cierto, que ello no es instantáneo y automático, en el sentido de "recibir y conocer sin transición". Si bien, reconoce la dificultad de establecer reglas generales respecto del tiempo que se puede tomar para conocer la comunicación recibida (llega a sostener que existe obligación de tomar conocimiento, el mismo día en que ha llegado a su poder la carta, el telegrama o el cable que la contenga); ("Perfección del contrato entre ausentes", *R.J.C.*, pp. 297 y 298).

DURANY I PICH, S., afirma que dicho momento se ha de situar "cuando el oferente pueda razonablemente conocer la aceptación, lo que se presume ocurrido desde el momento mismo de la llegada a su domicilio o a su ámbito de intereses" ("Perfección del contrato (Derecho civil)", *E.J.B.*, III, Madrid, 1995, p. 4842).

Por lo que respecta a la jurisprudencia, son muy numerosas las sentencias en las que, reconociendo que lo relevante es el conocimiento por el destinatario de la declaración, para determinar dicho momento atienden al momento de llegada de la declaración al destinatario. Así, por ejemplo, la STS de 22 de febrero de 1999 (AC 547/99; Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil) en el FD primero se afirma (respecto del requerimiento del art. 1504 CC) que "Aunque el requerimiento no hubiera sido personal y se hubiera efectuado con una vecina que se comprometió a hacerlo llegar a su destinatario, no por eso deja de ser válido, suficiente y trascendental (STS de 27 de mayo y 25 de septiembre de 1985, STS de 18 de noviembre de 1993), pues no se demostró, como procedía, que la receptora no hubiese cumplido el encargo".

La STS de 28 de enero de 1999 (RA 328; Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes) ante el recurso de la recurrente en el que alega que no recibió el requerimiento resolutorio que fue entregado en su domicilio a la tía de su marido, advirtiéndosele que lo entregara a éste pero sin mencionar a su mujer, afirma, que aunque lo anterior sea cierto, no puede prescindirse de que la entrega se hizo en el domicilio de ambos y de que la carta iba dirigida a los dos, por lo que la da por notificada.

En la STS de 24 de febrero de 1994 (RA 1250; Ponente: Excmo. Sr. D. Matías Malpica González-Elípe) se considera válido el requerimiento notarial hecho por correo certificado con acuse de recibo "con tal que no se acredite la falta de recepción del requerimiento".

También respecto del requerimiento mediante correo certificado con acuse de recibo, la STS de 17 de diciembre de 1992 (RA 10505; Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda), señala que tendrá plena eficacia "siempre que se acredite que el mismo llegó a su destinatario".

Por su parte la STS de 27 de mayo de 1985 (RA 2814; Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos de la Vega Benayas) declara que no consta probado que la destinataria de la declaración de resolución tuviera conocimiento de ella, y teniendo naturaleza recepticia necesita ser conocida por el incumplidor o al menos posibilidad legal de ser conocida, para saber a qué atenerse. Si el acreedor pretende desvirtuar la apreciación probatoria de que la deudora no tuvo conocimiento de la declaración de resolución debe aportar un documento "probatorio" del hecho de ese conocimiento. El recurrente alega la dificultad de notificar a la incumplidora en su domicilio (residía en Francia) a lo que el TS responde que "en cuanto se refiere a la determinación del domicilio de la compradora francesa o a sus

deudor (e incluso aunque no le haya llegado) si la falta de conocimiento o de recepción de la misma se debe a una causa que le es imputable<sup>73</sup>.

[442] Recientemente, el legislador español ha procedido a reformar el artículo 1262 del Código civil. Tras la redacción dada por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicio de la sociedad de la información y de comercio electrónico<sup>74</sup>, este artículo dice así: "Hallándose en lugares distintos el que hizo la oferta y el que la aceptó, hay consentimiento desde que el oferente conoce la aceptación o desde que, habiéndosela remitido el aceptante, no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe"<sup>75</sup>.

Conforme a la nueva redacción del precepto, lo relevante es que el que emite la declaración y el destinatario de la misma no se encuentren

---

dificultades por su imprecisión según los documentos que se citan, todo ello para justificar la no recepción de las cartas o la no citación para el acto o actos conciliatorios, pues es evidente que lo que se acredita o se dice con los argumentos que se indican no es otra cosa que tal recepción no tuvo lugar o que la citación no se hizo, y con ello que la deudora ignoró cualquier requerimiento, circunstancia que la legitimó para ampararse en el artículo 1504 CC, ofrecer el pago y evitar la resolución contractual, y que, en definitiva, no ampara a la vendedora porque no puede decirse que con los medios actuales, e incluso contando con que la repetida compradora tenía un administrador y acudía en verano a su apartamento, no podría habérsela requerido o citado en forma, razones que también justifican el rechazo del motivo once que alega violación del principio de derecho de «no ser exigible lo imposible», pues ello sería dar al concepto y significado de imposible un alcance desmesurado, no ajustado a la realidad."

<sup>73</sup> LALAGUNA "Sobre la perfección de los contratos en el Código civil", *La Ley*, 1989-2, pp. 1135 a 1154

<sup>74</sup> Que también ha reformado el artículo 54 CCo, en el mismo sentido que el actual 1262 CC.

<sup>75</sup> Conforme a la nueva redacción del precepto, lo relevante es que el que emite la declaración y el destinatario de la misma no se encuentren en el mismo lugar, con independencia del medio de comunicación que se emplee (aunque el párrafo tercero prevé una excepción: cuando la declaración se emita a través de dispositivos automáticos). Bajo la vigencia del antiguo 1262.2 CC existían discrepancias respecto a su alcance. Un importante sector doctrinal defendía que dicho precepto resultaba aplicable a los supuestos de declaración por carta y por extensión a todos los casos en los que el medio de comunicación empleado suponga que la misma se haga de forma diferida que transcurra un intervalo de tiempo entre su emisión y su recepción (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, I, 1995, pp. 433 y 434 y DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 322); otro sector doctrinal consideraba que resultaba aplicable a toda declaración de voluntad que ha de ser comunicada con independencia de que el medio de comunicación sea instantáneo o diferido (principalmente, ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, *Introducción y Parte general*, vol. 2º, "La relación, las cosas y los hechos jurídicos", 11ªed., 1991, p. 183).

En cualquier caso, la cuestión planteada es más importante desde el punto de vista dogmático que práctico (PERALES VISCASILLAS, M.P., *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Valencia, 1996, pp. 210 a 213) puesto que, cuando la declaración se emite a través de medios de comunicación instantáneos (entre presentes o ausentes), los momentos de emisión, recepción y conocimiento son prácticamente coincidentes con lo que la distinción entre los

en el mismo lugar, con independencia del medio de comunicación que se emplee (aunque el párrafo tercero prevé una excepción cuando la declaración se emite a través de dispositivos automáticos)<sup>76</sup>

Aplicando los criterios que se derivan del nuevo precepto a la declaración de resolución por incumplimiento, podemos afirmar que, como regla general, dicha declaración producirá efectos en el momento en el que sea conocida por el deudor; si bien, no siempre es necesario que dicho conocimiento se produzca, pues se admite que la declaración surta efectos cuando habiendo sido emitida, el destinatario “no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe”<sup>77</sup>.

### C. EL RIESGO DE PÉRDIDA O RETRASO DE LA DECLARACIÓN DE RESOLUCIÓN

[443] Si admitimos el criterio de la recepción para la eficacia de la declaración de resolución, parece razonable deducir que desde el

---

diferentes momentos tiene escasa repercusión práctica (MENÉNDEZ MATO, *La Oferta Contractual*, Pamplona, 1998, p. 242).

<sup>76</sup> Bajo la vigencia del antiguo 1262.2 CC existían discrepancias respecto a su alcance. Un importante sector doctrinal defendía que dicho precepto resultaba aplicable a los supuestos de declaración por carta y por extensión a todos los casos en los que el medio de comunicación empleado suponga que la misma se haga de forma diferida que transcurra un intervalo de tiempo entre su emisión y su recepción (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil*, I, 1995, pp. 433 y 434 y DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 322); otro sector doctrinal consideraba que resultaba aplicable a toda declaración de voluntad que ha de ser comunicada con independencia de que el medio de comunicación sea instantáneo o diferido (principalmente, ALBALADEJO, *Derecho civil*, I, *Introducción y Parte general*, vol. 2º, “La relación, las cosas y los hechos jurídicos”, 11ªed., 1991, p. 183).

En cualquier caso, la cuestión planteada es más importante desde el punto de vista dogmático que práctico (PERALES, *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, pp. 210-213) puesto que, cuando la declaración se emite a través de medios de comunicación instantáneos (entre presentes o ausentes), los momentos de emisión, recepción y conocimiento son prácticamente coincidentes con lo que la distinción entre los diferentes momentos tiene escasa repercusión práctica (MENÉNDEZ MATO, *La Oferta Contractual*, p. 242).

<sup>77</sup> CUADRADO PÉREZ, C., pone de manifiesto que con esta nueva redacción se ha legalizado el camino trazado por la doctrina y jurisprudencia mayoritarias en el sentido de corregir los abusos que provocaría una aplicación estricta de la regla del conocimiento. Afirma este autor que el legislador ha acogido el sistema de la recepción porque, como regla general, el destinatario de la declaración no podrá ignorar la declaración “sin faltar a la buena fe”, cuando la haya recibido; aunque reconoce que si el destinatario, a pesar de su conducta ajustada a la buena fe, no puede conocer la declaración ya

momento en el que el acreedor expide la declaración, hasta que ésta llega al deudor, **la pérdida o retraso que dicha declaración pudiera sufrir fuera, en principio, de cuenta del acreedor (declarante), a no ser que la misma se debiera a una circunstancia de la que hubiera de responder el destinatario** (v.gr. negativa a recibir la declaración, cambio de domicilio sin ser notificado al acreedor, notificación de una dirección errónea...), en cuyo caso, la declaración de resolución emitida por el acreedor pero no recibida por el deudor también debería considerarse eficaz<sup>78</sup>. Sin embargo, creemos que con mejor criterio, tanto la *CSIG* como los *PECL*, en los que es necesario que la notificación llegue a su destinatario para que tenga eficacia la declaración de resolución, disponen que **es el destinatario de la notificación el que corre con los riesgos de pérdida, error o retraso en su transmisión, siempre y cuando la comunicación se haya realizado por un medio adecuado a las circunstancias**<sup>79</sup> (arts. 27 *CSIG* y 1:303 (4) *PECL*<sup>80</sup>). Esta solución ofrece una adecuada protección a los intereses del acreedor, al que, a cambio, se le exige que acuda a un medio apropiado a las circunstancias.

---

recibida, el momento relevante es el momento en el que efectivamente la conozca (*Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Bolonia, 2003, p. 270).

<sup>78</sup> Regla muy semejante a la establecida recientemente por el nuevo Código civil holandés. Conforme al artículo 6:267 BW, la resolución se efectúa mediante declaración escrita de aquél que puede invocarla. Y el artículo 3:37 BW determina en su párrafo tercero que aquellas declaraciones que van dirigidas a una persona determinada (como sucede con la declaración de resolución), sólo producen efecto si son recibidas por ella. Sin embargo, a pesar de ser ésta la regla general, el propio precepto establece a continuación que es posible que la declaración que no llega a su destinatario o llega con retraso produzca efecto, si ello se debe a un hecho de este último o de personas de las cuales debe responder, o incluso si se debe a otras circunstancias personales que justifican que sobre él recaigan las consecuencias.

<sup>79</sup> De los medios de comunicación de los que puede valerse el emisor de la declaración nos ocuparemos más adelante al estudiar la forma de la declaración.

<sup>80</sup> El propio artículo 1:303 *PECL* establece en su primer apartado que para que la notificación produzca efectos es necesario que se realice por un medio apropiado a las circunstancias, bien sea por escrito o de cualquier otra forma.

"If one party gives notice to the other because of the other's non-performance or because such non-performance is reasonably anticipated by the first party, and the notice is properly dispatched or given, a delay or inaccuracy in the transmission of the notice or its failure to arrive does not prevent it from having effect. The notice shall have effect from the time at which it would have arrived in normal circumstances."



[444] El artículo 27 *CISG* establece que “(s)alvo disposición expresa en contrario de esta parte (se refiere a la Parte III) de la presente Convención, si una de las partes hace **cualquier notificación**, petición u otra comunicación conforme a dicha parte y **por medios adecuados a las circunstancias, las demoras o los errores que puedan producirse en la transmisión de esa comunicación o el hecho de que no llegue a su destino no privarán a esa parte del derecho a invocar tal comunicación**”<sup>81</sup>. La doctrina ha señalado que la justificación de este precepto se encuentra en el hecho de que las comunicaciones a las que afecta el mismo son causadas, en su mayoría, por la falta de cumplimiento del destinatario (cosa que desde luego sucede en la declaración de resolución), lo que permite entender que se cargue sobre este último los riesgos de pérdida, retraso o distorsión de la declaración<sup>82</sup>.

<sup>81</sup> El artículo 27 *CSIG* se aplica a la parte III de la *CSIG*, es decir, a las comunicaciones efectuadas en curso de ejecución del contrato (excepto cuando la *CSIG* establezca expresamente lo contrario) y como consecuencia de las perturbaciones en su ejecución: no cabe duda de que la declaración de resolución entra dentro de estas declaraciones.

Tal y como señala Date-Bah, este artículo 27 *CSIG* se basa en el art. 10 (3) del texto adoptado por el grupo de trabajo de 1976: “If a notice of avoidance or any notice required by Article 23 is sent by appropriate means within the required time, the fact that the notice fails to arrive or fails to arrive within such time or that its contents have been inaccurately transmitted does not deprive the sender of the right to rely on the notice”. Cuando este texto fue considerado por la Comisión, se aceptó una propuesta de extender el ámbito del precepto para cubrir no sólo las comunicaciones mencionadas en el texto del proyecto sino todas las comunicaciones de la Convención, excepto aquéllas que expresamente excluyeran esta regla. Cuando el Proyecto de compraventa se fusionó con el proyecto de formación pasó a convertirse en el art. 25 cuyo ámbito de aplicación se reduce a la parte de la Convención que regula el contrato pero no a las reglas de formación del contrato (DATE-BAH, “Article 27”, en Bianca/Bonell, *Commentary on the International Sales Law*, 1987 pp. 226 a 231, pp. 226 y 227).

Además, respecto del error en la transmisión, su inclusión supuso una novedad en el art. 10 (3) del texto adoptado por el grupo de trabajo en 1976, en el art. 39 (3) de la *ULIS* únicamente se regulaba el retraso y la pérdida (de la notificación especificando los defectos).

<sup>82</sup> (SCHLECHTRIEM, “Article 27”, en SCHLECHTRIEM, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of goods (CISG)*, 2ªed. traducida al inglés, Oxford, 1998, pp. 191 a 197, núm. 1) denuncia que este motivo es convincente excepto cuando la alteración del cumplimiento es causada por *force majeure*, en cuyo caso no parece justificado que se cargue sobre el destinatario el riesgo de la recepción de la declaración.

[445] Por lo que respecta al momento de eficacia de la declaración en estos casos de retraso o pérdida de la declaración, la *CISG* no ha indicado claramente cuándo se entiende que es eficaz la declaración de resolución que, a pesar de haber sido emitida por un medio adecuado, llega con retraso, de forma errónea o bien no llega a su destinatario. Ello ha dado pie a diversas interpretaciones.

Así por ejemplo, autores tan importantes como Date-Bah, Will y Schlechtriem no dudan en afirmar que conforme a lo establecido en este precepto, una declaración como la declaración de resolución, es eficaz desde el momento de su envío, y desde ese momento tiene lugar la resolución<sup>83</sup>. Estos mismos autores admiten que, tratándose de una norma dispositiva, las partes pacten otra cosa<sup>84</sup>.

Otros autores, con mejor criterio en nuestra opinión, toman como punto de partida que la eficacia de las comunicaciones se rige por el principio de la recepción, y contemplan el artículo 27 *CISG* simplemente como una regla relativa al riesgo de pérdida, retraso o error de la comunicación pero que no supone un cambio en el criterio de la recepción sino que obliga a señalar un **momento hipotético de**

<sup>83</sup> No cabe ninguna duda a tenor de sus propias palabras "This article makes notices and other communications required under the Sales Part of the Convention effective on dispatch". (contraponiéndolo a la regla adoptada en formación de contrato cuyo art. 18 (2) adopta la teoría de la recepción) (DATE-BAH, "Article 27", en Bianca/Bonell, *Commentary on the International Sales Law*, pp. 226 a 231, pp. 227 y 228).

WILL se decanta por esta solución y de forma tajante afirma que en el ámbito del artículo 27 *CISG*, "The contract is avoided at the moment of dispatch" (WILL, "Article 49" en Bianca/Bonell, *Commentary on the International Sales Law*, pp. 359 a 367, p. 362). Y SCHLECHTRIEM, "Article 27", en SCHLECHTRIEM, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of goods (CISG)*, pp. 191 a 197, núm. 13.

Entre los autores españoles, CABANILLAS, comentando este precepto se limita a señalar que el mismo recoge claramente la teoría de la emisión, y sin aclarar su significado cita a alguno de los autores antes mencionados que se decantan porque la declaración de resolución produzca efectos desde su emisión. (CABANILLAS SÁNCHEZ, A., "Artículo 27" en, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-PICAZO, Madrid, 1998, pp. 226 a 229, p. 227).

<sup>84</sup> DATE-BAH, "Article 27", en Bianca/Bonell, *Commentary on the International Sales Law*, pp. 226 a 231, p. 229 y SCHLECHTRIEM, "Article 27", en SCHLECHTRIEM, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of goods (CISG)*, pp. 191 a 197, núm. 6, quien además señala que es usual que las partes pacten en contra del art. 27 y que se suele requerir que las comunicaciones lleguen al destinatario.

**recepción** como momento determinante de la eficacia de la declaración: aquel punto del tiempo en el que, empleando un medio adecuado, **la declaración debería haberle llegado al deudor**<sup>85</sup>.

[446] Los *PECL* van precisamente por este camino y establecen en el apartado segundo del artículo 1:303 que “**la notificación produce efecto en el momento en que en condiciones normales, hubiera llegado a su destino**”. Con ello queda eliminada cualquier duda acerca de cuál es el momento relevante, se opta por el momento en que hubiese llegado porque se considera que una parte no puede quedar vinculada por una notificación antes de que en condiciones normales hubiese tenido conocimiento de ella<sup>86</sup>.

[447] En cuanto a los Principios de UNIDROIT son los únicos que habiendo optado también por el principio de la recepción de la declaración como momento determinante de eficacia de la misma, han establecido — en coherencia con dicho principio— que los riesgos de error, pérdida o retraso de la notificación de resolución sean de cuenta del acreedor, (art. 1.9 *UNIDROIT Principles*). Sin embargo, en el comentario al precepto en cuestión, se pone de manifiesto que se trata de una norma dispositiva, de tal forma que **las partes pueden pactar otra cosa**. Incluso, se llega a afirmar que ello resulta especialmente

---

<sup>85</sup> LESER, “Art. 26”, en Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of goods (CISG)*, pp. 186 a 190, núm.12; KAROLLUS “Art. 27”, núm. 28, (KAROLLUS, M, “Artículo 27”, en *Kommentar zum UN-Kaufrecht: Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)* dirigido por Honsell, Berlín/ Heidelberg/ Nueva York, 1997, pp. 287 a 297); NEUMAYER/MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, 1993, “Art. 27”, núm.2).

En contra, SCHLECHTRIEM afirma que hacer distinciones entre transmisión del riesgo y efectividad y naturaleza obligatoria de la comunicación son demasiado sutiles para ser empleadas en este tipo de normas internacionales (SCHLECHTRIEM, “Article 27”, núm. 13, en SCHLECHTRIEM, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of goods (CISG)*, 1998).

<sup>86</sup> DÍEZ-PICAZO/ROCA/MORALES afirman que de esta forma quedan suficientemente protegidos los intereses del destinatario (*Los Principios del Derecho europeo de contratos*, p. 165).

conveniente en los casos en los que una parte deba cursar “una comunicación a fin de preservar sus derechos en el supuesto en el que la otra no haya cumplido (...)”, pues “no sería justo imputar a la parte cumplidora el riesgo de la pérdida, error o retardo en la transmisión del mensaje”<sup>87</sup>. A favor de esta solución se afirma que “(e)sto se justifica aún más si se tiene en consideración las dificultades que pueden surgir a nivel internacional para probar la efectiva recepción de un mensaje”<sup>88</sup>.

[448] Por lo que respecta a nuestro Derecho, carecemos de un precepto similar a los contenidos en los textos internacionales que acabamos de exponer. Y si bien en un principio podría afirmarse que los riesgos de pérdida o retraso de la declaración corren a cargo del acreedor (en la línea de lo mantenido por los principios de UNIDROIT) a no ser (y esto si sobrepasaría lo establecido en dichos principios) que dicha pérdida o retraso sea debido a una circunstancia de la que deba responder el destinatario. Existen algunas sentencias de nuestro Tribunal Supremo que van más lejos y sostienen que el declarante no corre con los riesgos del retraso en la notificación, si el mismo se debe a circunstancias que se considera que no le son imputables, cuando ha recurrido a un medio de comunicación idóneo pero que por circunstancias ajenas ha resultado defectuoso. Aunque no se refieren expresamente a la declaración de resolución sus afirmaciones son aplicables a este tipo de declaraciones.

Así, la STS de 3 de mayo de 1975, referida a un caso en el que en el momento de redactarse la escritura de traspaso, los participantes en ella requirieron al notario autorizante para que notificara su contenido al arrendador, notificación que no se efectuó en los 8 días previstos en la ley sino en diez, por lo que se declara procedente la resolución del contrato instada por el arrendador. Sin embargo, esta misma sentencia afirma que ello es así porque “no constan los motivos o circunstancias que dieran lugar a que la misma se verificase a los diez

<sup>87</sup> UNIDROIT, *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, 1995, p. 24.

<sup>88</sup> UNIDROIT, *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, 1995, p. 24.

días, y por tanto, que en su caso, pudiera atribuirse a sucesos imprevistos o que aún previstos fueran inevitables”, en cuyo caso, parece afirmar que no procedería la resolución<sup>89</sup>.

Más reciente es la STS de 26 de mayo de 1991 que estima plenamente válida la opción de compra ejercitada a tiempo pero que llega tarde de manera anómala –matasellada once días después de su emisión- sin justificación del retraso por el aceptante, teniendo en cuenta la reducida distancia geográfica entre las partes, apenas cuarenta kilómetros<sup>90</sup>.

Y la STS de 24 de diciembre de 1993 referida a la notificación al arrendador del traspaso del local de negocio declara que “aun cuando la notificación del traspaso se hizo con posterioridad al plazo de ocho días que marca el artículo 32.6 LAU, lo fue por causas no imputables al demandado (arrendatario), que en su momento oportuno, instó del notario la notificación temporánea del mismo, y si tenemos en cuenta que tanto la doctrina científica como la jurisprudencial, esta última en STS de 3 de mayo de 1975, a *contrario sensu* del supuesto en ella contemplado, libera de responsabilidad al arrendatario de las consecuencias de la notificación, cuando se practica fuera del plazo legal por sucesos imprevistos o que previstos fueran inevitables, reputando como tales el retraso del Notario, a quien se requirió para que llevase a cabo la notificación al arrendador el contenido de la escritura de venta en que cristalizó el traspaso al arrendador del contenido de la escritura...”<sup>91</sup>.

[449] La jurisprudencia que acabamos de reflejar no deja de resultar extraña en un sistema como el nuestro. Sin embargo, se asemeja bastante a lo establecido en legislaciones recientes. La notificación de la resolución al deudor se concibe como una carga del acreedor que quiere valerse del remedio resolutorio. La finalidad de la misma es proteger al deudor para que pueda tomar medidas y paliar los efectos de dicha resolución. De la misma forma, se considera que una adecuada ponderación de intereses debe permitir al acreedor que ha notificado correctamente su voluntad de resolver (a través de un medio idóneo), valerse de dicha resolución aunque por causas ajenas a su ámbito de

<sup>89</sup> STS de 3 de mayo de 1975 (RA 2097; Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel González Alegre y Bernardo).

<sup>90</sup> STS de 26 de mayo de 1991 (RA 3837).

<sup>91</sup> STS de 24 de diciembre de 1993 (RA 10150; Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López).

control la declaración de resolución no haya llegado a conocimiento del deudor.

#### **D. EXISTENCIA Y EFICACIA DE LA DECLARACIÓN DE RESOLUCIÓN**

[450] Dado el carácter unilateral de la declaración de resolución (sólo depende de la voluntad del acreedor), se puede afirmar que la declaración de resolución surge cuando es expedida por el acreedor, es decir, cuando es dirigida al deudor. A partir del momento en el que el acreedor emite la declaración, ésta adquiere cierta independencia respecto de su autor. Ello no significa que sea eficaz, pues como ya hemos apuntado, para que sea eficaz es necesario que llegue al deudor. No hay una equivalencia entre existencia y eficacia: **existe declaración de resolución desde el momento en que el acreedor la emite<sup>92</sup>, pero la declaración de resolución no es eficaz hasta que no llega al deudor o hasta que éste la conoce (si se es partidario de este último criterio).**

[451] Esta distinción entre existencia y eficacia de la declaración de resolución tiene una gran trascendencia de cara a determinar si puede tener alguna incidencia un cambio de voluntad del acreedor que inicialmente emitió una declaración de resolución, en concreto, para

---

<sup>92</sup> Aunque en este punto existen discrepancias doctrinales respecto a si la llegada de la declaración al destinatario es requisito de existencia de la propia declaración o bien de eficacia de la misma, tomamos partido por la solución conforme a la cual se ha de distinguir entre *perfección* y *eficacia* de la declaración recepticia. De tal forma que la declaración recepticia se perfecciona cuando el declarante la emite, porque a partir de ese momento la declaración adquiere sustantividad y una cierta independencia con respecto a su autor; y adquiere eficacia cuando llega a su destinatario. (FERRÁNDIZ, "Perfección sustantividad y eficacia de la declaración de voluntad recepticia", *R.J.C.*, 1986, núm. 1, pp. 105 a 126, pp. 109 y 110). También CAPILLA sostiene que las declaraciones de voluntad recepticias "son aquellas que siendo perfectas como tales declaraciones unilaterales, sin embargo el ordenamiento impone como requisito de eficacia que sean dirigidas a su destinatario" (CAPILLA RONCERO, F., "Declaración unilateral (Dº. Civil)", vol. II, Madrid, 1995, *E.J.B.*, pp. 1931 y 1932).

determinar si puede dar marcha atrás en su voluntad de resolver el contrato.

### **1. Sobre la retirada de la declaración de resolución**

[452] En primer lugar nos referiremos a los casos en los que el acreedor ha emitido la declaración de resolución pero ésta no ha llegado todavía al ámbito del deudor; es decir, cuando existe declaración pero ésta todavía no es eficaz. En este caso, se habla de retirada de la declaración de resolución.

En principio, no vemos inconveniente en admitir que el acreedor pueda arrepentirse y retirar su declaración antes de que ésta haya llegado al ámbito del deudor<sup>93</sup>. Reconociendo al acreedor la **posibilidad de retirar la declaración de resolución** únicamente se le está concediendo la facultad de impedir que gane efecto una declaración propia ya emitida pero que todavía no es eficaz<sup>94</sup>.

[453] La retirada de la declaración de resolución consiste en una nueva declaración de voluntad del acreedor en la que manifiesta su intención de evitar que la declaración de resolución produzca efectos. Para que la retirada sea efectiva, tiene que ser tempestiva: necesariamente debe llegar al destinatario **antes que la propia declaración de resolución o al mismo tiempo que ésta**. Ello es posible a través del empleo de medios de comunicación más rápidos<sup>95</sup> (así por ejemplo frente a una

---

<sup>93</sup> Para poder hablar de retirada de la declaración de resolución es necesario que ésta haya salido de la esfera jurídica del acreedor, en el sentido de que haya sido emitida o puesta en curso de transmisión.

<sup>94</sup> FERRÁNDIZ, "Perfección, sustantividad y eficacia de la declaración de voluntad recepticia", p. 114.

<sup>95</sup> Efectivamente, la oportunidad de la retirada de la declaración de resolución dependerá del medio empleado para dar a conocer dicha declaración. Si se recurre al empleo de medios de comunicación instantáneos es posible que el momento de emisión de la declaración y de efectividad de la misma coincidan, con lo que no será posible la retirada.

declaración de resolución emitida por correo se envía un telegrama declarando su retirada<sup>96</sup>).

En ambos casos el deudor no puede reclamar ni alegar ningún interés legítimo que merezca protección; aunque la declaración de resolución se ha emitido, él no la ha recibido y por tanto no se puede decir que exista una apariencia o confianza en la declaración que deba ser protegida<sup>97</sup>. En este sentido es posible afirmar que la retirada es libre y únicamente está sometida al requisito del carácter tempestivo<sup>98</sup>. Esta es la solución a todas luces más razonable; hay que señalar sin embargo, que la misma carece de cobertura legal expresa<sup>99</sup>.

[454] Un reconocimiento legal expreso de la posibilidad de retirar una declaración de voluntad ya emitida pero que todavía no ha devenido eficaz, lo encontramos en el texto del BGB cuyo § 130.1 afirma, respecto de las declaraciones de voluntad recepticias emitidas entre ausentes, que

<sup>96</sup> Ejemplo propuesto por PUIG BRUTAU, aunque referido a la declaración de aceptación, (*Fundamentos de Derecho civil*, II, vol. 1, "Doctrina general del contrato", 1ªed., Barcelona, 1954, p. 231).

<sup>97</sup> No hay estudios dedicados a la retirada de la declaración de resolución, pero en el marco de la declaración de aceptación, hoy prácticamente no se discute la posibilidad de su retirada antes de que llegue a conocimiento del oferente. Uno de los primeros autores que se ocupó de la cuestión en nuestro país, fue PUIG BRUTAU (*Fundamentos*, II, vol. 1, 1ªed., 1954, p. 234; y, muy recientemente, CUADRADO PÉREZ (*Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, p. 201). Estamos de acuerdo con COCA PAYERAS cuando sostiene que no juegan las razones de seguridad del tráfico que se suelen alegar para negar la posibilidad de retirar la declaración ya emitida, pues dicha declaración todavía no ha llegado a conocimiento del destinatario y no ha creado ninguna apariencia ni confianza. ("Artículo 1262", *Comentarios al CC*, II, p. 451).

<sup>98</sup> Sobre este punto LALAGUNA afirma que se ha de tener en cuenta que en el Código civil se parte del sistema de cognición con lo que se hace necesario precisar que la retirada de la declaración es posible aún después de recibida por el destinatario, en tanto éste no la haya conocido (LALAGUNA, "Sobre la perfección de los contratos en el Código civil", *La Ley*, 1989, pp. 1142-1143 nota (26)).

PERALES, respecto de la retirada de la aceptación, haciéndose eco de la corrección a la teoría de la cognición contenida en el art. 1262.2 afirma que "(s)i se entiende que a la toma de conocimiento efectiva se debe equiparar la posibilidad potencial de conocer la declaración, no quedará más remedio que asumir, habida cuenta del principio de equilibrio de derechos y obligaciones de las partes contratantes, que la aceptación podrá retirarse hasta ese instante y no hasta el momento en que el oferente conoce la aceptación". Pero, añade, la *ratio* de la tesis que propugna la flexibilización de la teoría del conocimiento tiene su base en la idea de la infracción por el oferente de los deberes típicos de un "comportamiento leal" y "(e)s únicamente en estas situaciones en las que resulta adecuada la corrección del criterio que marca el artículo 1262.2 CC. Por eso, fuera de este tipo de hipótesis, la aceptación podrá ser retirada hasta el momento en que el oferente efectivamente adquiere conocimiento de la aceptación que se le dirige" (PERALES, *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, p. 260).



es posible su retirada, si ésta llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la declaración de voluntad<sup>100</sup>. También el Código civil holandés, que es de los más recientes declara en su artículo 3:37 (5) que la retirada de una declaración de voluntad dirigida a una persona determinada no produce efecto si no llega a esta persona antes que la declaración retirada o al mismo tiempo que ésta<sup>101</sup>.

[455] En el moderno Derecho uniforme (nos referimos a *CISG*, a los *Principios de UNIDROIT* y a los *PECL*), la cuestión de la retirada de la declaración de resolución está directamente relacionada con la determinación del momento de eficacia de dicha declaración. Tanto en los Principios de UNIDROIT como en los *PECL*, resulta evidente, en la misma línea de lo que venimos manteniendo, que el momento relevante es el momento de recepción de la declaración, de tal forma que es posible una retirada de la declaración de resolución, siempre que la declaración de retirada llegue antes o al mismo tiempo que la declaración de resolución (art. 1:303 (5) *PEC*).

Por lo que respecta a la *CISG* nos encontramos con discrepancias doctrinales respecto al momento de eficacia de la declaración de resolución, lo cual incide directamente sobre la solución que se ha de dar respecto a la retirada de la declaración. Para aquellos autores que defienden que la declaración de resolución es efectiva desde su emisión, no se debería contemplar la posibilidad de su retirada, sino en todo caso de su revocación o no. Sin embargo, conforme a los que sostienen que la

<sup>99</sup> En el mismo sentido, pero refiriéndose a la aceptación de la oferta (CAPILLA, "Aceptación", *E.J.B.*, pp. 144 a 146, p. 145).

<sup>100</sup> § 130.1 BGB: "Eine Willenserklärung, die einem anderen gegenüber abzugeben ist, wird, wenn sie in dessen Abwesenheit abgegeben wird, in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie ihm zugeht. Sie wird nicht wirksam, wenn dem anderen vorher oder gleichzeitig ein Widerruf zugeht". A pesar de que el texto legal se refiere a revocación (*Widerruf*) no cabe duda de que se trata de retirada de la declaración.

declaración de resolución es efectiva en el momento de su llegada o de su hipotética llegada, deberá ser posible la retirada de la declaración de resolución ya emitida pero que todavía no ha llegado al deudor<sup>102</sup>.

## 2. Sobre la revocación de la declaración de resolución

[456] La revocación, al igual que la retirada de la declaración de resolución consiste en una declaración de voluntad dirigida a dejar sin efecto la previa declaración de resolución como resultado de un cambio de voluntad por parte del acreedor, pero, a diferencia de la retirada, que se refiere a un cambio de voluntad que se produce una vez emitida la declaración de voluntad y antes de que ésta haya llegado al destinatario, la revocación hace referencia a una declaración de resolución que ya ha llegado al destinatario y por tanto, es eficaz<sup>103</sup>.

### a. La declaración de resolución es unilateralmente irrevocable

[457] El hecho de que la declaración de resolución realizada unilateralmente por el acreedor no sólo afecte a la esfera jurídica de éste sino que, además, afecte a la del deudor, nos lleva necesariamente a defender el carácter **irrevocable** de la declaración de resolución. El deudor, una vez que ha recibido la declaración, tiene derecho a contar

<sup>101</sup> Art. 3:37 (5) BW: "In order to be effective notice of withdrawal of a declaration made to a specified person must have reached that person before or at the same time as the withdrawn declaration."

<sup>102</sup> Así lo reconoce por ejemplo LESER, a través de la aplicación analógica del artículo 15 (2) que señala respecto de la oferta contractual que "la oferta, aun cuando sea irrevocable, podrá ser retirada si su retiro llega al destinatario antes o al mismo tiempo que la oferta" (LESER, "Art. 26", núm. 12 nota 30 en Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of goods (CISG)*, 2ª ed. 1998, pp. 186 a 190).

<sup>103</sup> Respecto a los conceptos de "retirada" y "revocación" es necesario poner de relieve que se trata de dos términos distintos que se refieren a dos fenómenos diferentes pero que reciben el mismo nombre en muchos ordenamientos. En este sentido es importante resaltar que es la CISG de 1980 la que acuñó una terminología precisa que distingue ambos momentos, "retirada" y "revocación". "Retirada" para

con ella y a actuar en consecuencia, no pudiendo por tanto, el acreedor unilateralmente modificar la situación; el deudor “merece la certidumbre de conocer su situación, más cuando no depende de su voluntad”<sup>104</sup>.

En una ponderación de los intereses en juego —el del acreedor que pretende modificar su voluntad y el del deudor, que va dirigido a asegurar su situación como destinatario de la declaración y evitarle incertidumbres—, en principio, ha de prevalecer en principio el de este último<sup>105</sup>. Pérez y Alguer son también partidarios de que la resolución “es irrevocable”<sup>106</sup>. Afirmación que se repite de forma unánime por la doctrina alemana respecto del ejercicio de la resolución por incumplimiento prevista en el BGB<sup>107</sup>.

[458] *La irrevocabilidad de la declaración resolutoria en los textos internacionales.*— En este punto, resulta especialmente interesante la referencia a la CISG. El texto de la CISG de 1980 no dice nada respecto

---

referirse a la declaración de voluntad que todavía no ha ganado efectividad, y “revocación” para la declaración que ha ganado efectividad.

<sup>104</sup> RODRIGUEZ TAPIA, “Derechos potestativos”, *E.J.B.*, p. 2409.

<sup>105</sup> A diferencia de la retirada de la declaración de resolución, respecto de la que no hemos encontrado ningún obstáculo para admitirla aunque no esté legalmente prevista, la revocabilidad de la declaración de resolución, sostenemos siguiendo a Ferrándiz, necesariamente tiene que estar reconocida o, al menos, amparada por la Ley. Este autor afirma que se trata de “una cuestión de Derecho positivo, regulada en cada ordenamiento, según el valor que se atribuye a los intereses en juego, de los cuales uno de los más ponderados es el que representa la conveniencia de asegurar la posición del destinatario y de evitarle incertidumbres (FERRÁNDIZ, “Perfección, sustantividad y eficacia de la declaración de voluntad recepticia”, p. 115).

<sup>106</sup> PÉREZ y ALGUER, *Anotaciones a la obra de Ennecerus-Lehman, Derecho de Obligaciones*, vol. I, *Doctrina general*, 1ª ed., 1933, § 39.I.

<sup>107</sup> Véase por todos, JANßEN, (“Vor § 346 BGB”, en *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, II, *Schuldrecht A.T.*, (§§ 241-432), 3ª ed., Munich, 1994, pp. 1388 a 1405, “Vor § 346”, núm. 16) quien después de afirmar que la declaración de resolución es “irrevocable” (*unwiderruflich*), sostiene que si se ha realizado de forma efectiva, sólo la celebración de un nuevo contrato puede volver a crear los vínculos contractuales. Posteriormente (§ 349 BGB núm. 1.a., en *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, II, *Schuldrecht A.T.*, (§§ 241-432), pp. 1414 a 1416) insiste en que la imposibilidad de revocar la declaración de resolución se mantiene incluso en los casos en los que el legitimado para resolver no sabía que el objeto entregado por él había desaparecido o se había deteriorado en poder del deudor y sin su culpa (lo cual llevaría a que el acreedor que ha declarado la resolución sin conocimiento del deterioro o pérdida del objeto que él entregó, debe restituir la prestación recibida pero a cambio no recibe ninguna compensación por la prestación que él realizó; aunque Janssen estima que en estos casos se le puede impedir al deudor la alegación de la resolución, en virtud del principio de buena fe (en contra, Larenz que considera la posibilidad de la revocación en estos casos por falta de la condición sobreentendida de entrega)

al carácter revocable o no de la declaración de resolución, lo cual ha dado pie a diversas interpretaciones doctrinales.

Por un lado destaca la solución que Schlechtriem proporciona a la cuestión planteada (recordemos además, que según este autor la declaración de resolución es eficaz desde que es enviada). Según este autor, existe una laguna en la *CISG* respecto a cuándo resultan obligatorias las declaraciones de la Parte III de la *CISG* (dentro de las cuales se encuentra la declaración de resolución), si bien dicha laguna puede ser suplida acudiendo a los principios en los que se basa la *CISG*<sup>108</sup>. El art. 16 (2) (b) *CISG*<sup>109</sup> expresa en su opinión el principio de que el destinatario de una declaración que ha podido razonablemente confiar en su irrevocabilidad y ha actuado confiando en ella, debe resultar protegido contra la revocación; y el art. 29 (2) (2)<sup>110</sup> está basado en el principio de que la confianza inducida debe ser protegida, impidiéndose un *venire contra factum proprium*. Schlechtriem estima que dichos principios pueden ser aplicados para resolver el problema actual, interpretando la *CISG* de acuerdo con el art. 7 (1) en el sentido de proteger al destinatario de una declaración de voluntad. Llega a la conclusión de que el acreedor que ha declarado la resolución podrá revocar su declaración de resolución en tanto el destinatario de la declaración no haya actuado como consecuencia de dicha declaración, o dicho de otra manera, el acreedor solo se encuentra vinculado por su

<sup>108</sup> SCHLECHTRIEM, "Art. 27", núm. 14 en SCHLECHTRIEM *Commentary on the UN Convention on the International Sale of goods (CISG)*, 1998.

<sup>109</sup> El art. 16 (2) (b) *CISG* señala que la oferta no podrá revocarse "si el destinatario podía razonablemente considerar que la oferta era irrevocable y ha actuado basándose en dicha oferta"

<sup>110</sup> Art. 29 (2) *CISG*: "Un contrato por escrito que contenga una estipulación que exija que toda modificación o extinción de mutuo acuerdo se haga por escrito no podrá modificarse ni extinguirse por mutuo acuerdo de otra forma. No obstante, cualquiera de las partes quedará vinculada por sus propios actos y no podrá alegar esa estipulación en la medida en que la otra parte se haya basado en tales actos".

declaración una vez que el destinatario, teniéndola en cuenta, ha modificado su posición<sup>111</sup>

No faltan autores sin embargo que parten del carácter irrevocable de la declaración de resolución<sup>112</sup>, señalando que una vez que el acreedor ha declarado la resolución, sólo un acuerdo de las partes puede volver a establecer el vínculo contractual<sup>113</sup>.

**b. El acuerdo de las partes puede volver a poner en vigor el contrato**

[459] A pesar de que el acreedor haya realizado una declaración de resolución al deudor, éste puede insistir en el cumplimiento de su prestación, o, proponer al acreedor el mantenimiento del contrato. En el caso de que el acreedor acepte la prestación, ¿estaremos en presencia de un nuevo contrato o simplemente la puesta en vigor del primitivo contrato?

La doctrina alemana sostiene que la aceptación de la prestación con posterioridad a la declaración de resolución supone la novación del contrato sometida a los mismos requisitos formales que el primitivo contrato<sup>114</sup>.

<sup>111</sup> En este sentido, señala Schlechtriem que basta con que el destinatario manifieste su asentimiento a la declaración realizada, es decir, bastará con que simplemente declare "Acepto la resolución del contrato". En caso de controversia es la parte que revoca su declaración la que tiene la carga de probar que el destinatario de la declaración no ha modificado su posición como consecuencia de dicha declaración (SCHLECHTRIEM, "Art. 27", núm. 14, en SCHLECHTRIEM *Commentary on the UN Convention on the International Sale of goods (CISG)*, 1998).

<sup>112</sup> LESER ("Art. 26", núm. 6, en Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of goods (CISG)*, 1998); carácter irrevocable de la declaración que hace coincidir con el momento de llegada de la declaración al destinatario ("Art. 26", núm. 12, nota 30); HUBER, U., ("Art. 45", núm. 28 y 28.a. y "Art. 49", núm. 65 en Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of goods (CISG)*, 1998) y KAROLLUS, M., "Artículo 26", en *Kommentar zum UN-Kaufrecht: Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)* dirigido por Honsell, Berlin/ Heidelberg/ Nueva York, 1997, pp. 277 a 286, "Art. 26", núm. 16.

<sup>113</sup> HUBER, U., ("Art. 45", núm. 28 y 28.a. y "Art. 49", núm. 65 en SCHLECHTRIEM, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of goods (CISG)*, 1998).

<sup>114</sup> Así, JANBEN sostiene que si a pesar de haberse realizado la declaración de resolución, se da cumplimiento a lo establecido en el contrato, nos encontramos ante una novación sometida a los mismos requisitos de forma que el contrato ("§ 355 BGB", en *Münchener Kommentar zum*

[460] En nuestro Derecho, numerosa jurisprudencia afirma que el requerimiento resolutorio queda sin efecto, si con posterioridad al mismo, el acreedor acepta el ofrecimiento de cumplimiento realizado por el deudor. La existencia de pronunciamientos en este sentido ha permitido a la doctrina defender que el hecho de que el acreedor haya optado por la resolución, no le impide llegar a un acuerdo sobre el cumplimiento con el contratante incumplidor<sup>115</sup>.

Entre alguna de las numerosas sentencias existentes, la STS de 1 de marzo de 1982<sup>116</sup> declara, por ejemplo, que no ha lugar al recurso presentado contra la sentencia que desestimó la resolución, instada por el vendedor de un inmueble sobre la base de que el requerimiento resolutorio realizado perdió su eficacia cuando el requirente mantuvo con posterioridad conversaciones con los compradores a efectos del cumplimiento del contrato<sup>117</sup>.

En la STS de 8 de junio de 1994<sup>118</sup>, en la que los vendedores de un inmueble requirieron de resolución al comprador pero después cobraron dos letras de vencimiento posterior al requerimiento resolutorio y comparecieron en una notaría a requerimiento del comprador para elevar el contrato a escritura pública, el TS considera abandonada la pretensión de resolución y realizada una opción por el mantenimiento del contrato.

La STS de 14 de junio de 1996<sup>119</sup> interpreta la presentación de cambiales al cobro con posterioridad al requerimiento resolutorio como demostración inequívoca de que "optó por abandonar la vía de la resolución contractual e iniciarla del cumplimiento, postura que se vuelve a abandonar al demandar a los compradores de resolución, pero al amparo de unos requerimientos notariales que habían quedado sin efecto por lo sucedido con posterioridad a ellos...", por lo que el TS

---

*Bürgerliches Gesetzbuch*, II, *Schuldrecht A.T.*, (§§ 241-432), 3ªed., Munich, 1994, pp. 1424 a 1425, "§ 355 BGB", núm. 2). EMMERICH, respecto de la pérdida de la pretensión de cumplimiento una vez transcurrido el plazo adicional otorgado por el acreedor, afirma que si el acreedor a pesar de todo desea el cumplimiento y el deudor lo acepta, o bien si el deudor continúa realizando la prestación y el acreedor la acepta, cuando el contrato era formal esta novación debe observar los mismos requisitos de forma (EMMERICH, V., "§ 326 BGB", en *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, II, *Schuldrecht A.T.*, (§§ 241-432), 3ªed., 1994, pp. 1231 a 1265, § 326 BGB, núm.119).

<sup>115</sup> Así lo admite CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, núm. 111.

<sup>116</sup> STS de 1 de marzo de 1982 (RA 1278)

<sup>117</sup> En el mismo sentido se pronuncian las STS de 9 de marzo de 1990 (RA 1684) y de 13 de diciembre de 1990 (RA 10001).

<sup>118</sup> STS de 8 de junio de 1994 (RA 4900)

<sup>119</sup> STS de 14 de junio de 1996 (RA 4770; Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda)

estimó la pretensión de los compradores basada en el mantenimiento del contrato<sup>120</sup>.

[461] El acuerdo entre las partes para que se mantenga el vínculo contractual a pesar de la declaración de resolución, no es preciso que se produzca a través de declaraciones expresas, puede tener lugar de forma tácita, por hechos concluyentes, como puede ser la aceptación por el acreedor del ofrecimiento de cumplimiento efectuada por el deudor con posterioridad a la declaración de resolución. Además, aunque se haya optado por mantener el vínculo contractual nada impide que, ante un nuevo incumplimiento del deudor, el acreedor pueda declarar eficazmente la resolución del contrato (por este nuevo incumplimiento)<sup>121</sup>.

[462] La posibilidad de que las partes lleguen a un acuerdo sobre el cumplimiento del contrato a pesar de la declaración de resolución efectuada por el acreedor no violenta la regla general de irrevocabilidad de la declaración resolutoria pues, como ha quedado apuntado, la misma tiene como fundamento principal la protección del interés del deudor, en el sentido de otorgarle certidumbre sobre su situación respecto del contrato; si éste acuerda con el acreedor el mantenimiento del contrato

---

<sup>120</sup> STS de 14 de junio de 1996, fundamento de derecho séptimo que se basa en el hecho de que “después de practicados los requerimientos notariales de resolución de los contratos de compraventa a los compradores, por repetidos impagos de las cambiales que aceptaron para satisfacer a sus vencimientos la parte del precio que quedó aplazada, no las recogió de sus tenedores ni, en su defecto, puso en disposición a los compradores para que hicieran frente a sus vencimientos las cantidades necesarias ni, en último extremo, adoptó ninguna medida de protección de aquéllos ante tal evento”.

En contra de lo que acabamos de apuntar, la STS de 17 de julio de 1995 afirma que no es incompatible con la resolución el hecho de haberse girado letras al cobro después del requerimiento resolutorio, estimando que este hecho no constituye una contradicción con la voluntad manifestada por el vendedor sino que, como es usual en el tráfico mercantil, por la dificultad de retirar las cambiales puestas en circulación a la fecha del requerimiento (aunque se ve en la necesidad de apoyarse también en el hecho de que dichas letras resultaron también impagadas).

<sup>121</sup> Así, la STS de 8 de junio de 1994 (RA 4900) afirma que “no hay duda de que en esas circunstancias sigue vigente el contrato, queda sin efecto la voluntad resolutoria, sin perjuicio de que pueda posteriormente volver a manifestarse si se produce incumplimiento del comprador”.

no vemos inconveniente en que así sea pues no se vulneran los intereses del deudor.

**c. La buena fe como excepción al carácter irrevocable de la resolución**

[463] El carácter irrevocable de la declaración de resolución impide posteriormente al acreedor exigir unilateralmente el cumplimiento del contrato<sup>122</sup>; sin embargo, en determinados supuestos excepcionales, se ha de admitir que el acreedor que inicialmente ha optado por declarar la resolución del contrato tenga la posibilidad de exigir posteriormente el cumplimiento<sup>123</sup>.

[464] Para determinar en qué casos puede el acreedor exigir el cumplimiento a pesar de haber declarado la resolución, no basta el recurso exclusivo a criterios formales y al significado que tiene el ejercicio de una facultad de configuración jurídica desde el punto de vista de la coherencia dogmática, en cuyo caso sería difícil su existencia<sup>124</sup>. Tal y como apunta Morales Moreno, una correcta solución de la cuestión planteada exige una ponderación de los intereses en juego y de la respectiva conducta de las partes, que nos lleve a decidir cuál de ellas merece más protección.

<sup>122</sup> CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, núm. 111.

<sup>123</sup> En este sentido MORALES MORENO considera necesario negar el carácter absoluto a la regla de que la declaración de opción por la resolución produce una "irreversible transformación de la situación jurídica" (Antonio-Manuel, "STS de 21 de octubre de 1988: Compraventa de inmueble con garantía de aprovechamiento útil para oficinas. Pretensión de reducción del precio ejercitada por la compradora, fundada en cláusula de garantía. Interpretación del contrato. Base del negocio y cláusula de garantía. Ejercicio de la facultad resolutoria y modificación posterior de la pretensión. Conducta contraria a la buena fe. Equivalencia de prestaciones y enriquecimiento sin causa. Ocultación de negociaciones mantenidas con la Administración por la compradora, tendentes a lograr un mayor aprovechamiento del edificio, cuyos resultados se intentan imponer a la vendedora", *C.C.J.C.*, núm. 18, septiembre/diciembre de 1988, pp. 919 a 933, p. 929).

<sup>124</sup> Una respuesta teórica, operando exclusivamente con los preceptos legales y las construcciones dogmáticas, nos llevaría a una estructura desde el punto de vista teórico intachable pero olvidáramos



Tomemos como ejemplo, el caso resuelto en la STS de 21 de octubre de 1988<sup>125</sup>:

El comprador había enviado al vendedor una notificación notarial de resolución. Posteriormente, dando un giro radical a su postura, comunicó al vendedor que optaba por el mantenimiento del contrato. El comprador presentó una demanda que, basada en el mantenimiento del contrato, solicitaba una reducción del precio de la venta. La sentencia de primera instancia estimó en parte la demanda del comprador; pero fue revocada por la sentencia dictada en apelación, que declaró la desestimación de la demanda presentada por el comprador, entre otras causas, porque, afirma, debería de haber sido consecuente con sus propios actos declarando la resolución. El TS calificó el cambio de postura del comprador de contrario a la buena fe.

En contra de lo que sostiene el TS, Morales Moreno sostiene que la notificación de resolución que el comprador realizó al vendedor no transformó definitivamente la situación, de tal forma que, partiendo del mantenimiento del contrato, podía posteriormente, solicitar la reducción del precio. En el caso en cuestión el reconocimiento de esta facultad al acreedor **queda justificada por la oposición del vendedor a la resolución**<sup>126</sup>.

[465] El fundamento del carácter irrevocable de la declaración de resolución se encuentra en el interés que tiene la parte que la recibe en ajustar su conducta a la situación legal modificada (desaparición de las obligaciones de ambas partes) y confiar en ella. Consiste en permitir que el deudor que recibe una declaración de resolución pueda contar a partir de ese momento con que ya no tiene que realizar tareas encaminadas a realizar su prestación, incluso pueda disponer de ella y que el acreedor

---

que toda la construcción no es más que un instrumento para resolver de forma justa, en cada caso concreto, el particular conflicto de intereses que se presenta.

<sup>125</sup> STS de 21 de octubre de 1988 (RA 7595; Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández Cid de Temes).

<sup>126</sup> MORALES MORENO, "STS de 21 de octubre de 1988", *C.C.J.C.*, núm. 18, septiembre, 1988, p. 929.

unilateralmente no pueda, con posterioridad, frustrar esas expectativas. Sin embargo, si el deudor rechaza la declaración de resolución, no resulta tan claro que pueda oponerse a un cambio en la elección del remedio<sup>127</sup>. Deja de existir una expectativa legítima por su parte que requiera protección, y resultará contrario a la buena fe que haga valer una resolución producida mediante declaración unilateral del acreedor a la que previamente se opuso negándole toda eficacia. Esta construcción es respetuosa con el *statu quo* originado con la declaración de resolución, únicamente admite que el acreedor pueda cambiar de remedio cuando, valorando la conducta de ambas partes, ello resulte pertinente y no contrario al principio de buena fe del art. 7 CC<sup>128</sup>.

[466] En el marco de la *CISG*, donde también rige la regla de la irrevocabilidad de la declaración de resolución, Huber sostiene una

<sup>127</sup> Conforme a la doctrina de los actos propios se le podría desestimar la pretensión al deudor de hacer valer la declaración de resolución a la cual se opuso (para ello hemos seguido las pautas que sobre dicha doctrina ofrece DÍEZ-PICAZO en *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1963). Respecto de los presupuestos necesarios para su aplicación (*vid.*, p. 193): 1) existe una conducta observada por el deudor, de oposición expresa a la declaración de resolución del contrato; 2) éste posteriormente, frente a la actitud de la otra parte basada en la existencia del contrato, pretende hacer valer la resolución; 3) entre la primera conducta (oposición a la resolución) y la pretensión posterior (hacer valer la resolución) existe una incompatibilidad contradictoria; 4) y en ambas circunstancias se dirige al acreedor. Por lo que respecta a las consecuencias del hecho de haber pretendido hacer valer la resolución, contradictoria con el sentido objetivo, que el acreedor, conforme a la buena fe, pudo dar a su conducta (de oposición expresa a dicha resolución), se trata de un acto inadmisibles, teniendo en cuenta que el propio acreedor modificó su propia situación jurídica con base en la confianza suscitada por la conducta del deudor (*vid.* p. 245). La buena fe implica un deber de coherencia en el comportamiento que impide al deudor pretender después la eficacia de la resolución (pretendiendo el reconocimiento de unos efectos jurídicos que él mismo negó); por tanto, la pretensión tiene que ser desestimada.

<sup>128</sup> "Y, en este caso, si entendemos que la oposición de la vendedora a la resolución fue infundada (y no nos consta que tuviera fundamento), quien como ella en todo momento pretende el mantenimiento del contrato no puede oponerse a una consecuencia que deriva del mantenimiento del mismo, como es este de la reducción del precio, porque ello también iría en contra de la buena fe. En definitiva; no puede calificarse de contraria a la buena fe la conducta de un contratante, sin valorar al mismo tiempo la de la otra parte" MORALES MORENO, "STS de 21 de octubre de 1988", *C.C.J.C.*, núm. 18, septiembre, 1988, p. 930. En el mismo sentido se pronuncia de forma clara MIQUEL GÓNZALEZ, J.M., "Artículo 7º.1", «Comentario al artículo 7º.1», *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, I, 2ªed., Madrid, 1993, p. 51, en la p. 53 hace referencia a esta misma sentencia).

posición muy semejante a la que acabamos de exponer y que nosotros, también mantenemos<sup>129</sup>.

Este autor expone que si la justificación final para sostener que la declaración de resolución realizada por el acreedor le vincula es el derecho que tiene el destinatario de la misma (el deudor) a ajustar su posición a la situación modificada y confiar en ella, nos encontramos con que en los casos en los que el deudor rechaza la declaración de resolución realizada por el acreedor y expresa su intención de permanecer vinculado por el contrato, queda al menos confuso o poco claro que pueda oponerse a un cambio en la elección del remedio por parte del acreedor. En este caso no existe una expectativa legítima que proteger.

Afirma Huber que si el deudor se opone a la declaración de resolución realizada por el acreedor y, al mismo tiempo, hace valer la declaración resolutoria del acreedor, incurre en una conducta contradictoria que se ve afectada por el principio de buena fe del artículo 7 (1) *CISG*, en concreto de la prohibición del *venire contra factum proprium*.

---

<sup>129</sup> HUBER, U., "Art. 45", núm. 28 a., en SCHLECHTRIEM, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of goods (CISG)*, 1998.

### III. CONTENIDO DE LA DECLARACIÓN DE RESOLUCIÓN

[467] La declaración de resolución no es más que una declaración de voluntad del acreedor de querer que tenga lugar la resolución del contrato por incumplimiento del deudor; en este sentido, podemos afirmar que el elemento esencial es la **voluntad del acreedor**.

Pero la voluntad del acreedor no basta para provocar la resolución. Tratándose de una facultad de configuración jurídica, que produce efectos en la esfera jurídica de la otra parte contratante, el acreedor debe dar a conocer al deudor de forma **clara e inequívoca** su voluntad de hacer valer el remedio resolutorio del artículo 1124 CC.

[468] Ello significa que una declaración del acreedor del tipo “de persistir en el incumplimiento me veré forzado a resolver el contrato” o “si no procede a realizar su prestación, emprenderé las medidas jurídicas pertinentes”, no es útil para provocar la resolución; únicamente constituye una **amenaza de resolución** que en ningún caso es suficiente para que tenga lugar la misma.

Tampoco es útil para provocar unilateralmente la resolución una simple **invitación a resolver** el contrato dirigida al deudor. Así, la declaración del acreedor que basándose en la situación de incumplimiento de la otra parte se limita a declarar: “propongo que demos por finalizada nuestra relación contractual”, no es suficiente para provocar la resolución unilateral por incumplimiento.

[469] Sin embargo, la exigencia de una manifestación clara e inequívoca de la voluntad de resolver **no** implica la necesidad de que se emplee una **fórmula determinada**, ni de que se utilice de forma expresa el término

“resolución”<sup>130</sup>, término que, por otro lado, ni siquiera es empleado de forma correcta por los juristas: no es difícil encontrar así casos en los que se hace referencia a una “rescisión” o “desistimiento justificado” en el ámbito del artículo 1124 CC, o de ejercicio de una “condición resolutoria implícita”.

Un claro ejemplo de lo que apuntamos lo encontramos en la STS de 17 de marzo de 1964<sup>131</sup>. En el caso resuelto por esta sentencia, en su escrito de demanda los demandantes solicitan la “rescisión” del contrato por incumplimiento. El TS en el considerando tercero de la Sentencia indica que: “Como ya ha declarado esta Sala en su **sentencia de 14 de noviembre de 1927**, «cualquiera que sea el valor gramatical y aún técnico de algún vocablo empleado impropriamente en los escritos de las partes, y en los fallos de los Tribunales, debe entenderse aquél en el sentido que exijan el concepto jurídico que con él se pretenda sintetizar y la acción civil ejercitada en el juicio; y que si bien es cierto que los actores en la súplica de su demanda y la Sala en su sentencia, emplean inadecuadamente la palabra “rescisión”, como quiera que lo mismo en los razonamientos de dicho escrito que en los del mencionado fallo, se desenvuelve el concepto jurídico y legal de la resolución de las obligaciones recíprocas por incumplimiento de uno de los obligados, y hasta se invoca el artículo 1124 CC como fundamento de la demanda y de la sentencia, es preciso, con arreglo a los dictados de la lógica, entender dicha palabra “rescisión”, en el sentido de “resolución”, por ser éste el concepto a que se responde y porque, además, como del hecho del incumplimiento de una obligación recíproca no se deriva una acción rescisoria por no constituir ésta una causa de rescisión, según el artículo 1292 CC, sino que lo que de dicho hecho surge es una acción resolutoria, según el artículo 1124 CC, no hay duda de que la acción ejercitada en esta litis es resolutoria, y lo que en ella se promueve es la resolución, aunque se la denomina rescisión.»

[470] Es probable que el contratante que se enfrente a un incumplimiento y decida desvincularse, no sea preciso en los términos en los que haga la declaración de resolución, no dejando patente que “en

<sup>130</sup> Esta es una característica común a la mayoría de los ordenamientos. Así, por ejemplo, el italiano (COSTANZA, “Art. 1454 Codice Civile”, en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Libro quarto: Delle Obligazioni*, I, 1, “Art. 1453-1454”, 1990, pp. 431-448, p. 441 y NATOLI, U., “Diffida ad adempiere”, *Enciclopedia del Diritto*, XII, Milán, 1964, pp. 509 a 511, p. 510 que señala que lo importante es que se ponga al otro contratante en condiciones de conocer con claridad que la otra parte entiende que el contrato queda resuelto); y el Derecho suizo (STANISLAS, *Le Droit de résolution dans le contrat de vente. Étude de Droit suisse*, 1979, p. 16).

uso de la facultad resolutoria que le otorga el artículo 1124 CC, declara la resolución del contrato”; incluso, es posible, que desconozca la existencia de una facultad resolutoria, tal y como está prevista en el ordenamiento jurídico y se limite a declarar: “opto por dar por terminado el contrato que nos une”, “considero que nuestra relación contractual ha terminado”, “no insista en cumplir lo pactado, no aceptaré una oferta de cumplimiento que ya no me resulta útil”, etc.

[471] Normalmente, se hará necesario precisar si la declaración en cuestión merece la calificación de “declaración de resolución” (esto es, subsumirla en el tipo legal de la resolución por incumplimiento prevista en el art. 1124 CC<sup>132</sup>); para ello, con carácter previo, hay que realizar una labor interpretativa de la misma, a no ser que por las circunstancias concretas no sea necesario<sup>133</sup>.

En este punto resulta interesante hacer una referencia a aquellos supuestos en los que el declarante acude al notario para, a través de él, realizar la notificación de su declaración. En estos casos, el artículo 156.º y el 167 del Reglamento notarial imponen al notario la tarea de proceder a calificar jurídicamente el acto dándole un *nomen iuris* acorde con la naturaleza del mismo. Dicha tarea va precedida necesariamente de la interpretación de la voluntad del declarante<sup>134</sup>; se ha de atender a lo que éste quiso para, posteriormente, darle un nombre.

<sup>131</sup> STS de 17 de marzo de 1964 (RA 1441; Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Taboada Roca).

<sup>132</sup> Como señala LÓPEZ Y LÓPEZ, la calificación jurídica no es una facultad de las partes sino la inserción de lo querido por las partes dentro de los tipos o esquemas predispuestos por el ordenamiento, supone un juicio de adecuación del negocio concreto (en nuestro caso declaración) a categorías establecidas *a priori* por las normas (“Cuestiones generales de la interpretación de los contratos” en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XVII, vol. 2º, “Arts. 1281 a 1314”, 2ª ed., 1995, pp. 1 a 31, p. 9).

<sup>133</sup> Aspecto sobre el que se muestra de acuerdo la doctrina (CASTRO, *Negocio Jurídico*, § 96; JORDANO BAREA, J.B., “La interpretación de los contratos” en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. I, Madrid, 1988, pp. 309 a 336, pp. 312 a 313; Díez-PICAZO, L./GULLÓN, A., *Instituciones de Derecho civil I/2, Doctrina general del contrato y de las obligaciones. Contratos en especial. Cuasicontratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 2ª ed. en dos volúmenes, Madrid, 1998, p. 68; RAMS ALBESA “Interpretación del contrato”, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1º, 3ª ed., 1994, § 67, pp. 521 a 528, p. 522, ROJO AJURIA, “Interpretación de los contratos (Derecho civil)” en *E.J.B.*, Madrid, 1995, pp. 3693 a 3698, p. 3693).

<sup>134</sup> JORDANO BAREA, J.B., “Artículo 1287”, *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 2ª ed., Madrid, 1993, pp. 515 a 516, p. 516.

En estos casos, difícilmente se plantearán con posterioridad problemas de interpretación en cuanto a la verdadera voluntad del declarante.

Un claro ejemplo de lo que apuntamos lo encontramos en la STS de 24 de enero de 1970<sup>135</sup> en su considerando primero. Las partes habían celebrado un contrato de obra; el dueño de la obra se opuso a la indemnización que le reclamaba el contratista alegando que no resultaba aplicable el artículo 1594 CC (precepto que regula la facultad de desistimiento unilateral de la que dispone el dueño de la obra) sino que, existiendo incumplimiento de este último, procedía la aplicación del artículo 1124 CC. Dicho argumento fue desestimado por el TS, argumentando que “si se tiene en cuenta que dicho señor (dueño de la obra), después de obtener el asesoramiento técnico adecuado y con conocimiento de sus posibles consecuencias, hizo uso del derecho que le concedía el artículo 1594 CC, por medio del acta notarial de 3 de agosto 1966 y, por consiguiente, no puede desconocer la aplicabilidad de dicha norma en este momento de las actuaciones sin contravenir el principio general de derecho que prohíbe ir válidamente contra sus propios actos”.

## A. LA INTERPRETACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE RESOLUCIÓN

### 1. La interpretación de la declaración de resolución en el Derecho español

[472] Para determinar el significado de la declaración de voluntad del acreedor, y en concreto, aclarar si tiene eficacia para provocar la resolución por incumplimiento, sólo disponemos de las normas del Código civil que regulan la interpretación de los contratos<sup>136</sup>.

<sup>135</sup> STS de 24 de enero de 1970, (RA 254; Ponente: Excmo. Sr. D. Federico Rodríguez Solano y Espín)

<sup>136</sup> CASTRO señala, respecto de las normas de interpretación de los contratos, que será posible utilizarlas como ejemplares y generalizables, siempre que la naturaleza del negocio (en nuestro caso, de la declaración) no se oponga a ello (*El Negocio jurídico*, § 104); RAMS ALBESA afirma expresamente que las normas contenidas en los artículos 1281 a 1289 CC se aplicarán por analogía para interpretar las declaraciones unilaterales *inter vivos*. (“Interpretación del contrato”, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1º, 3ª ed., 1994, § 67, pp. 521 a 528, p. 521; y, por último, LÓPEZ Y LÓPEZ, A., admite la aplicación de los artículos 1281 a 1289 CC no sólo a las declaraciones con las que se perfecciona el contrato, sino también a aquéllas que tienen lugar durante toda la vida del contrato (“Artículo 8”, en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la*

Conforme a lo previsto en los artículos 1281 CC y siguientes, podemos afirmar que para dotar de significado a la declaración de voluntad del acreedor (constituida por la declaración en sentido estricto y por la conducta de acreedor como expresiva de su voluntad)<sup>137</sup>, en nuestro ordenamiento, **se atiende primordialmente a la intención del declarante**<sup>138</sup>.

Sin embargo, del hecho de que la declaración tenga como destinataria a la otra parte contratante (el deudor incumplidor) y, como contenido la determinación de poner fin al contrato unilateralmente, supone que para determinar el sentido que debe recibir la declaración no sólo hemos de atender a la conducta del acreedor que realiza la declaración, sino que también se ha de tener en cuenta la conducta del deudor que la recibe<sup>139</sup>; en este sentido, Castro se refiere a la necesidad

---

*Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1998, pp. 113 a 131, p. 126).

<sup>137</sup> El objeto de la interpretación lo constituyen no sólo los términos y expresiones empleados en la propia declaración (art. 1281 CC), sino que se ha de atender también a la conducta del acreedor expresiva de su voluntad. Respecto a dichos actos, el art. 1282 CC se refiere a los actos coetáneos y posteriores a la declaración, a lo que la doctrina y jurisprudencia han añadido los actos anteriores. (CASTRO ya afirmaba que se trataba de una inclusión comúnmente aceptada por la doctrina (*El Negocio jurídico*, § 108); y hoy se sigue viendo así, (DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Instituciones de Derecho civil I/2*, p. 69; RAMS ALBESA, "Interpretación del contrato" en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, p. 522; ROJO AJURIA, "Interpretación de los contratos (Derecho civil)", *E.J.B.*, vol. III, Madrid, 1995, pp. 3693 a 3698, p. 3694, JORDANO BAREA, "La interpretación de los contratos", p. 321 y "Artículo 1282" en *Comentario del Código civil*, 2ªed., 1993, pp. 511 a 512; VATTIER FUENZALIDA, "La interpretación integradora del contrato en el Código civil", *A.D.C.*, XL, fascículo II, abril-junio, 1980, pp. 495 a 524, pp. 495 a 496 y LÓPEZ Y LÓPEZ, A., "Artículos 1281 y 1282 CC", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, XVII, vol. 2º, 2ªed., Madrid, 1995, pp. 31 a 43, p. 42).

La inclusión de dichos actos en el objeto de interpretación tiene una especial importancia; así, apunta Castro que los actos complementarios o contradictorios con la propia declaración, la reserva o advertencia previa, los que le den un carácter inequívoco e incluso la retractación y rectificación inmediata, pueden llegar a privar o a modificar el valor de la declaración; (CASTRO, *El Negocio jurídico*, § 83). Así, por ejemplo: si en el ámbito de un contrato de compraventa, el comprador se niega a recibir las mercaderías que le ofrece el vendedor alegando que no se corresponden con lo previsto en el contrato y con posterioridad comunica al vendedor su intención de apartarse del contrato, dicha declaración ha de ser interpretada en el sentido de una declaración de resolución por incumplimiento.

<sup>138</sup> Por todos, JORDANO BAREA, ("La interpretación de los contratos" en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. I, 1988, pp. 309 a 336, p. 316) y DÍEZ-PICAZO, (*Fundamentos I, Introducción. Teoría del contrato*, 5ªed., 1996, p. 396) que se refiere al principio de búsqueda de la voluntad real.

<sup>139</sup> CASTRO, considera que lo relevante para determinar qué reglas son las que rigen la interpretación hay que distinguir según la conducta negocial vaya o no dirigida a influir en la conducta de una persona determinada, (*El Negocio jurídico*, § 100).



de considerar íntegramente la conducta de quienes actúan: “tanto la de quien declara o actúa como la de quién recibe o conoce la declaración”. Esto puede dar lugar a que aunque se descubra la verdadera intención o voluntad del declarante, se le imponga un significado distinto del querido<sup>140</sup>.

[473] Para determinar el sentido que hay que dar a una declaración concreta, se debe llevar a cabo una ponderación entre los principios de voluntad y buena fe<sup>141</sup>. Del principio de buena fe se deriva el principio de autorresponsabilidad y el principio de la confianza<sup>142</sup>.

Ello nos permite afirmar que atenderemos primordialmente a la voluntad del acreedor cuando el deudor, destinatario de la declaración,

<sup>140</sup> CASTRO, *El Negocio jurídico*, § 112.

<sup>141</sup> Aunque el Código civil no mencione expresamente el principio de buena fe como principio rector en la interpretación del contrato y por extensión, de la interpretación de las declaraciones unilaterales, existe gran consenso en la doctrina y en la jurisprudencia respecto a su aplicación.

Federico de CASTRO mantiene que el silencio del CC en las normas destinadas a la interpretación respecto a la buena fe se explica porque el recurso a la buena fe no es instrumento para buscar la verdadera voluntad (interpretación en sentido estricto) sino una manifestación, la más importante, de la responsabilidad objetiva por conducta negocial “Obliga como si fuera querido, lo que como tal aparece de la conducta observada; en cuanto apreciada conforme a la buena fe” (*El Negocio jurídico*, §113).

<sup>142</sup> También existe un amplio consenso en la doctrina respecto al papel que en la interpretación de los contratos juega el *principio de la autorresponsabilidad* y el *principio de la confianza*, ambos derivados del *principio de buena fe* (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 398; ROJO AJURIA “Interpretación de los contratos (Derecho civil)”, *E.J.B.*, vol. III, 1995, pp. 3693 a 3698, p. 3694; JORDANO BAREA, en “Artículo 1281”, en *Comentario del Código civil*, pp. 509 y 510, quien pone de manifiesto que cuando juegan los principios de autorresponsabilidad y confianza se ha de atribuir pleno efecto a la declaración conforme a los principios de responsabilidad y protección de la buena fe y a la seguridad del comercio jurídico; añade que ésta es la doctrina de la jurisprudencia del TS que coincide con la posición más autorizada de la ciencia jurídica (“La interpretación de los contratos”, pp. 316-317), y en “Artículo 1281”, en *Comentario del Código civil*, pp. 509 a 511, pp. 509 y 510, dice que la buena fe domina sobre las normas de interpretación objetiva y subjetiva. GULLÓN y DÍEZ-PICAZO, *Instituciones*, I/2, p. 70 y PRATS ALBENTOSA, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, vol. 1º, p. 521).

Respecto del concepto de buena fe vid. DÍEZ-PICAZO en *Fundamentos*, I, p. 398; según este autor la buena fe es un estándar de conducta arreglada a los imperativos éticos exigibles de acuerdo con la conciencia social imperante (la interpretación se hará presuponiendo una lealtad y corrección en la elaboración de la declaración, entendiendo que el declarante se quiso expresar según el modo normal propio de gentes honestas y no buscando deliberadamente crear confusión u oscuridad).

JORDANO BAREA, afirma que por la buena fe en sentido objetivo se entiende “en sentido ético, como conducta ajustada a los criterios, postulados o exigencias de la corrección, lealtad, honorabilidad u honestidad y probidad en el tráfico jurídico” (“Artículo 1288”, en *Comentario del Código civil*, p. 518).

conocía o no debía ignorar dicha voluntad<sup>143</sup>. En ese caso, se atenderá a la voluntad del acreedor declarante aunque no se corresponda con el sentido que objetivamente reciba su declaración, precisamente porque el destinatario también lo ha entendido en el sentido atribuido por el declarante<sup>144</sup>.

Por el contrario, la verdadera intención del declarante se verá desplazada cuando ésta no coincida con la voluntad declarada si las expresiones o declaraciones empleadas por el declarante tienen un sentido objetivamente atribuible distinto al pretendido y el destinatario de la declaración confió en dicho sentido objetivo (*principio de la confianza*)<sup>145</sup>. En este caso, se afirma, el declarante se ha de atener a lo manifestado, porque una actuación responsable, atendidas las circunstancias, le exigía colaborar para aclarar el significado y alcance que tenía lo expresado (*principio de autorresponsabilidad*)<sup>146</sup>.

En estos casos, la voluntad interna se verá desplazada a favor de la declaración efectuada, a la que se impondrá un significado objetivo (el

<sup>143</sup> Respecto a la prueba de cada uno de estos extremos señala LÓPEZ Y LÓPEZ que corresponde al declarante probar la reconocibilidad de la propia declaración; mientras que corresponde al destinatario demostrar que no se conocía o que se podía ignorar el contenido de la declaración; por último, corresponde al declarante demostrar que se ha producido el conocimiento exacto y definitivo, a pesar de que la propia declaración era defectuosamente reconocible ("Cuestiones generales de la interpretación de los contratos", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XVII, vol. 2º, "Artículos 1281 a 1314 del Código civil", 2ªed., 1995, pp. 1 a 31, p. 5).

<sup>144</sup> GULLÓN y DíEZ-PICAZO, *Instituciones*, I/2, p. 71; y LÓPEZ y LÓPEZ, Á., dice que prevalece lo querido independientemente de que el significado otorgado en el caso concreto sea divergente de lo que es usual en el tráfico o ajustado al sentido gramatical de las palabras (para atender al significado que le daría la otra parte, hace referencia a "cánones de corrección, responsabilidad y protección de la confianza, de acuerdo con la buena fe" ("Artículos 1281 y 1282", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XVII, vol. 2º, "Artículos 1281 a 1314 del Código civil", 2ªed., Madrid, 1995, pp. 31 a 43, p. 40).

<sup>145</sup> Como expresión de este principio de la confianza señala JORDANO BAREA que el artículo 1287 CC hace referencia a la interpretación usual. Y en el propio art. 1288 también ve una referencia implícita a dicho principio: si el destinatario de la declaración la interpreta en un sentido distinto del que le quiso imprimir el declarante, no prevalecerá la segunda, sino el sentido aparente (no real) de la declaración ("Artículo 1281 CC" en *Comentario del Código civil*, pp. 509 a 511, p. 510). DíEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 398)

<sup>146</sup> CASTRO, *El Negocio jurídico*, § 83.

significado que razonablemente puede alcanzar socialmente la declaración realizada), distinto al verdaderamente querido<sup>147</sup>.

## **2. Las reglas de interpretación de la declaración de resolución en el Derecho uniforme**

[474] Nos parece oportuno realizar una mención, siquiera breve, a los criterios de interpretación que se manejan en el moderno Derecho uniforme. Anticipamos ya que los resultados a los que hemos llegado en nuestro Derecho interno mediante la aplicación de los principios de responsabilidad y confianza, no difieren en gran medida de los que se obtienen de esta moderna regulación. Pero no cabe duda de que la plasmación legal de las reglas de interpretación realizada en estos textos internacionales otorga mayor seguridad y fiabilidad.

### ***a. La interpretación de la declaración de resolución en la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías de 1980***

[475] A diferencia de lo que sucede en nuestro CC, la CISG dispone de unas normas especialmente destinadas a la interpretación de las declaraciones y actos unilaterales que no sólo contemplan las declaraciones que tienen lugar en la formación del contrato, sino también

---

<sup>147</sup> Así JORDANO BAREA señala respecto del principio de autorresponsabilidad, que éste hace que el declarante que es culpable de haber producido una declaración de voluntad equívoca u oscura responda de ello, dice que este principio derivado de la buena fe puede llegar a imponer un significado objetivo. Por lo que respecta al principio de confianza, dice que éste lo podemos encontrar implícito en el artículo. 1288 CC pues el destinatario de la declaración ambigua u oscura la tomará de ordinario en un sentido diferente de aquél que verdaderamente le quiso imprimir el autor, debiendo entonces prevalecer el primero por la autorresponsabilidad de quién no empleó la diligencia debida y por la confianza depositada por el destinatario en el sentido aparente (no real) de la declaración (mantiene este autor dice que esta protección de la confianza la encontramos claramente en el artículo. 1287 CC al imponer dicho precepto una interpretación usual, según el común entendimiento del lenguaje ("Artículo 1281", pp. 509 a 511, p. 509-510).

las que tienen lugar durante su ejecución<sup>148</sup> (dentro de las cuales se incluye la declaración de resolución por incumplimiento)<sup>149</sup>. Las reglas que rigen dicha interpretación son claras y sus resultados muy razonables. Están previstas en el **artículo 8º CISG** que dice así:

- (1) A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención.
- (2) Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte<sup>150</sup>.
- (3) Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran

<sup>148</sup> Aunque en un primer momento el Grupo de trabajo decidió que las reglas sobre interpretación se limitarían a los actos unilaterales en la formación del contrato, con posterioridad la Comisión decidió que los preceptos sobre interpretación se aplicarían a ambos tipos de declaraciones. Sobre la historia del precepto (FARNSWORTH, "Article 8", en Bianca-Bonell, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, 1987, pp. 95 a 102, pp. 95 a 97 y LÓPEZ Y LÓPEZ, "Art. 8", en *La compraventa internacional de mercaderías*, pp. 113 a 131, p. 114).

<sup>149</sup> HONNOLD, *Uniform Law for International Sales*, 2ªed., 1987, núm. 105; FARNSWORTH, "Art. 8", en Bianca/Bonell, *Commentary on the International Sales Law*, 1987, pp. 95 a 102, pp. 97, 98 y 101; JUNG, W., "Art. 8" en Schlechtriem, *Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2ªed., Oxford, 1998, pp. 69 a 74, núm. 4 y LÓPEZ Y LÓPEZ, "Art. 8", en *La compraventa internacional de mercaderías*, 1998, p. 114.

<sup>150</sup> El criterio basado en lo que hubiese entendido "una persona razonable" reemplaza lo previsto en el art. 9 (3) *ULIS* conforme al cual, las expresiones comunes, cláusulas o fórmulas, deberán ser interpretadas de acuerdo con el significado normalmente otorgado en ese sector comercial. (ver al respecto JUNG, "Art. 8", en Schlechtriem, *Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2ªed., 1998, pp. 69 a 74, núm. 8).

establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes.

[476] Los intérpretes de la Convención señalan que dicho precepto establece un orden jerárquico de los criterios de interpretación. En primer lugar, se ha de atender a criterios subjetivos<sup>151</sup>, la interpretación debe basarse en la **intención del declarante**<sup>152</sup>, aunque con un límite importante, **cuando la otra parte supiera o no debiera desconocer dicha intención**<sup>153</sup>. Como consecuencia de lo que aquí se establece, si el declarante ha dado un significado al lenguaje o a la conducta que ha sido comprendido por el destinatario conforme a la intención del declarante, dicho significado prevalecerá sobre aquél que le hubiera dado una persona razonable<sup>154</sup>.

<sup>151</sup> HONNOLD, *Uniform Law for International Sales. Under the 1980 United Nations Convention*, 2ªed., 1987, núm. 105; FARNSWORTH, "Art. 8", en Bianca-Bonell, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, pp. 98 y 99; JUNG, "Art. 8", en Schlechtriem, *Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2ªed., núm. 2.

<sup>152</sup> En los comentarios de los principios se señala que en la práctica no debe sobreestimarse el valor de la intención, por un lado, porque es poco probable que en los negocios mercantiles las partes empleen un lenguaje totalmente diferente a su significado, y, por otro lado, porque resultaría muy difícil probar el significado preciso que se alegue (UNIDROIT, *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, 1995, p. 95).

<sup>153</sup> Según LÓPEZ Y LÓPEZ, la finalidad de la norma es que el proceso interpretativo vaya destinado a establecer la voluntad real (intención) pero, en esta labor, se excluye una indagación psicológica interna, y se busca el dato de la relevancia hermenéutica en el conocimiento de aquella intención por la otra parte; a dicho conocimiento se asimila el hecho de que "no haya podido ignorar cuál era esa intención". Señala este autor la relación de lo aquí previsto con la doctrina que señala que la voluntad objeto de interpretación es aquella que se determina a la luz de los principios de autorresponsabilidad y confianza (LÓPEZ Y LÓPEZ, "Art. 8", en Díez-Picazo, *La compraventa internacional de mercaderías*, p. 120).

<sup>154</sup> Apunta LÓPEZ Y LÓPEZ que corresponde al declarante demostrar la reconocibilidad de su propia declaración; al destinatario de la declaración le corresponde demostrar que no se conocía o que se podía ignorar el contenido de la declaración, y, por último, demostrar que el conocimiento exacto y definitivo se ha producido, a pesar de la propia declaración defectuosamente reconocible corresponde a quién la ha emitido ("Art. 8" en Díez-Picazo, *La compraventa internacional de mercaderías*, p. 120 y en "Arts. 1281 a 1289", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XVII, vol. 2º, "Arts. 1281 a 1314 del Código civil", 2ªed., 1995, pp. 1 a 74, p. 5).

Señala FARNSWORTH que en la práctica lo corriente será que el test del art. 8º (1) CISG no se aplique, teniendo en cuenta que lo habitual será que no sea posible para el declarante demostrar que el destinatario de la declaración conoció o debió conocer su verdadera intención (FARNSWORTH, "Art. 8", en Bianca-Bonell, pp. 95 a 102, p. 99).

En el caso de que no resulte aplicable el primer párrafo del artículo (2), se procederá a realizar una interpretación objetiva de la declaración o conducta del declarante: **de acuerdo con el significado que una persona razonable de la misma condición que el destinatario le hubiera dado en las mismas circunstancias**<sup>155</sup>. Lo cual significa que prevalecerá la intención del declarante si puede probar que así la hubiera entendido una persona razonable en las mismas circunstancias que el destinatario de la declaración<sup>156</sup>.

Para determinar si dicha intención era conocida o debía ser conocida por el destinatario, así como qué es lo que entendería una persona razonable del mismo tipo que el destinatario y en las mismas circunstancias, la *CISG* señala que se han de tener en cuenta todas las circunstancias concurrentes, y menciona expresamente las negociaciones, las prácticas establecidas entre las partes, los usos y la conducta posterior<sup>157</sup>.

***b. La interpretación de la declaración de resolución en los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales***

[477] Los Principios de UNIDROIT han seguido las líneas marcadas por la *CISG* y han destinado un precepto a regular la interpretación de

<sup>155</sup> LÓPEZ Y LÓPEZ lo relaciona con materias tales como bagaje lingüístico, capacitación técnica, conocimiento de pactos anteriores, información sobre los mercados y sus fluctuaciones, la comprensión de los términos acuñados en diccionarios o Códigos comerciales (LÓPEZ Y LÓPEZ, "Art. 8", p.125).

<sup>156</sup> FARNSWORTH, en Bianca-Bonell, "Art. 8", pp. 95 a 102, p. 99. Sobre este punto señala este autor que es necesario enfatizar el hecho de que no se hace referencia a una persona razonable "en abstracto", sino que se exige que tome como parámetro una persona razonable de la misma condición que el que recibió la declaración y en las mismas circunstancias que éste.

En concreto, según LÓPEZ Y LÓPEZ, "persona razonable de la misma condición" se refiere a materias tales como bagaje lingüístico, capacitación técnica, conocimiento de pactos anteriores, negociaciones entre las partes, información sobre los mercados y sus fluctuaciones, comprensión de los términos acuñados en diccionarios o Códigos comerciales (LÓPEZ Y LÓPEZ, "Art. 8", p. 125).

“declaraciones y otras conductas”<sup>158</sup>; nos referimos al artículo 4.2 UNIDROIT *Principles* que dice así:

- (1) Las declaraciones y demás conductas de cada una de las partes se interpretarán conforme a su intención, siempre que la otra la haya conocido o no la haya podido ignorar.
- (2) Si el inciso precedente no fuere aplicable, tales declaraciones y conductas deberán interpretarse conforme al sentido que les daría una persona sensata de la misma condición, colocada en las mismas circunstancias<sup>159</sup>.

[478] Vamos a poner en relación lo previsto en este precepto con el artículo 4.1 UNIDROIT *Principles* que tiene como objeto la interpretación del contrato. Según éste último precepto, “el contrato debe interpretarse con arreglo a la intención común de las partes”, y en caso de que no pueda establecerse dicha intención, “el contrato se interpretará conforme al sentido que le habrían dado personas sensatas de la misma condición que las partes, colocadas en las mismas circunstancias”<sup>160</sup>.

Es fácil comprobar que la regla de interpretación de las declaraciones y actos unilaterales es análoga a la establecida para los contratos, si bien, tratándose de declaraciones unilaterales en las que no hay intención común, sino **intención del declarante**, para que ésta

<sup>157</sup> Los comentaristas de la CISG hacen especial hincapié en el hecho de que la lista de circunstancias a tener en cuenta, establecida en el art. 8 (3) CISG no es exhaustiva (FARNSWORTH, en Bianca-Bonell, “Art. 8”, pp. 95 a 102, p. 100, LÓPEZ Y LÓPEZ, “Art. 8”, p. 125).

<sup>158</sup> Entre las que se encuentra la declaración de dar por extinguido un contrato (UNIDROIT, *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, Roma, 1995, p. 97).

<sup>159</sup> Aunque en la traducción al español de dichos Principios autorizada por UNIDROIT se refiere a una persona “sensata”, en la versión inglesa de los principios se hace referencia a una “reasonable person”, que coincide con lo previsto en la CISG cuya versión oficial en español traduce por “persona razonable”.

<sup>160</sup> *Vid.* dos notas más arriba sobre “sensata” y “razonable”.

prevalezca se exige que **la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar dicha intención**. En caso de que este criterio subjetivo no opere, se atenderá a un criterio objetivo: interpretación según el sentido que le hubiera dado una persona razonable en las mismas circunstancias y de la misma condición. Tanto en el caso del inciso (1) como en el (2), se tomarán en cuenta todas las circunstancias concurrentes (entre las que se encuentran, las negociaciones previas, las prácticas establecidas entre las partes, la conducta observada por las partes después de celebrado el contrato, la naturaleza y finalidad del contrato, el sentido comúnmente dado a los términos y expresiones en el respectivo ramo comercial y los usos).

***c. La interpretación de la declaración de resolución en Principios de Derecho europeo de lo contratos***

[479] Los *PECL*, apartándose de la tendencia implantada por los textos anteriores, no han previsto unas normas destinadas a regular la interpretación de las declaraciones unilaterales, sino que las mismas se refieren a la interpretación los contratos. El artículo 5:101 *PECL* dice así<sup>161</sup>:

- (1) El contrato se interpretará de acuerdo con la intención común de las partes aunque difiera del significado literal de las palabras.
- (2) Si se prueba que una de las partes había entendido el contrato en un sentido concreto y que en el momento de la conclusión del contrato la otra no podía ignorar su

---

<sup>161</sup> Traducción realizada por Díez-PICAZO/ROCA/MORALES en *Los principios del derecho europeo de contratos*, 2002, p. 49.



intención, el contrato se interpreta en la forma en que lo entendió la primera de las partes.

- (3) Si de acuerdo con los apartados (1) y (2) no puede establecerse la intención, el contrato se interpreta de acuerdo con el significado que personas razonables en situación semejante a las partes, le hubieran atribuido en las mismas circunstancias.<sup>162</sup>

[480] Morales Moreno extrae de este precepto tres reglas, que aplicamos a la interpretación de la declaración de resolución del acreedor<sup>163</sup>. Conforme a la primera regla, cuando la voluntad del declarante no aparece cuestionada por el destinatario, la declaración se basa en ella con independencia del sentido que puedan tener los términos empleados. La segunda regla impone interpretar la declaración conforme a la voluntad del declarante, cuando esa voluntad no pueda ser ignorada por la otra parte. La tercera regla, oportuna en los casos en los que no sean aplicables ni la primera, ni la segunda, ordena interpretar la declaración según criterios objetivos, es decir, conforme al sentido que personas razonables, de la misma condición que las partes, hubieran dado a la declaración, en las mismas circunstancias.

<sup>162</sup> Conforme a lo previsto en el artículo 5:102 PECL al interpretar el contrato se han de tener en cuenta las circunstancias en las que se celebró el contrato, la conducta de las partes, la naturaleza y finalidad del contrato, la interpretación que las partes ya hubiesen dado a cláusulas similares, las prácticas establecidas por ellas y el sentido que comúnmente se dé a tales cláusulas y expresiones; los usos y la buena fe y la lealtad.

<sup>163</sup> Vid. MORALES MORENO, A.M., "Validez del contrato", en *Derecho privado europeo*, coordinado por Sergio Cámara Lapuente, Madrid, 2003, pp. 771 y ss., p. 781.

**B. CONVERSIÓN DE UNA DECLARACIÓN DE RESOLUCIÓN IMPROCEDENTE  
EN UNA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD EFICAZ**

[481] Bajo la denominación *interpretación reconstructiva*<sup>164</sup>, *conversión jurídico/material* o *calificación correctora del contrato*<sup>165</sup>, nuestra doctrina hace referencia a una actividad del intérprete que se encuentra más próxima a la calificación que a la interpretación, (de ahí la denominación de *calificación correctora*), que consistente en actuar sobre el supuesto de hecho, configurándolo de modo que encaje en otro tipo contractual distinto a aquel en el que inicialmente se insertaba, pero en el que no puede ajustarse por problemas de validez y eficacia.

[482] La declaración unilateral de resolución resulta ineficaz cuando no concurren los presupuestos necesarios para que proceda el remedio resolutorio, por ejemplo, cuando el incumplimiento no tiene la entidad suficiente. Esta ineficacia puede acarrearle importantes perjuicios al acreedor que ha incurrido en un error de apreciación sobre el carácter resolutorio del incumplimiento del deudor. Pero ¿podría convertirse esa declaración de resolución ineficaz en una declaración de voluntad de otro tipo que resulte válida y eficaz, mitigándose de esta manera los perjuicios que de la declaración de resolución se derivan para el acreedor y salvaguardando simultáneamente los intereses del deudor? El Tribunal Supremo se ha ocupado de esta cuestión en relación con los contratos de arrendamiento de obra.

<sup>164</sup> CASTRO, *El Negocio jurídico*, § 99.

<sup>165</sup> Porque se trata de una tarea más próxima a la calificación que a la interpretación, LÓPEZ Y LÓPEZ, "Arts. 1281 a 1289", en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, XVII, vol. 2º, "Arts. 1281 a 1314 del Código civil", 2ªed., 1995, pp. 1 a 74, p. 9. JORDANO BAREA, "La interpretación de los contratos" en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. I, 1988, pp. 309 a 336, pp. 313 y 314, "Artículo 1284", en *Comentario del Código civil*, 2ªed., 1993, p. 514

Una respuesta negativa a la pregunta anteriormente planteada en relación con los contratos de arrendamiento de obra significaría que el comitente que ha declarado la resolución por incumplimiento y, en virtud de la misma, no ha cumplido con las obligaciones que para él derivaban del contrato, ha cometido un incumplimiento que puede ser empleado por el propio contratista para declarar la resolución del contrato<sup>166</sup>. En cambio, una respuesta positiva implica que la declaración del comitente puede llegar a ser entendida como una declaración de desistimiento unilateral, que si bien le obliga a indemnizar los daños ocasionados al contratista, no genera un incumplimiento del propio comitente<sup>167</sup>.

<sup>166</sup> Sobre el hecho de que la declaración de resolución que es infundada puede constituir un incumplimiento contractual del declarante insiste MARTÍNEZ SANZ, F., "STS de 15 de noviembre de 1997. Contrato de distribución en exclusiva; resolución por el concedente sin mediar justa causa; obligación de indemnizar los daños y perjuicios causado, entre los que se incluye el resarcimiento por clientela", *C.C.J.C.*, enero/marzo 1998, núm. 46, pp. 283 a 298, pp. 291 a 293.

<sup>167</sup> Resulta muy curiosa la postura adoptada por el dueño de la obra en el litigio resuelto por la STS de 13 de mayo de 1993 (RA 3546; Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa). En el caso resuelto por la sentencia, el contratista había presentado demanda solicitando la resolución del contrato por causa imputable al dueño de la obra e indemnización de daños y perjuicios. La sentencia dictada en apelación considera probado que la actora había dado cumplimiento a sus obligaciones y condena al comitente a indemnizar a la contratista en virtud del artículo 1594 CC. El dueño de la obra presenta recurso de casación y, entre otros motivos, alega infracción por aplicación indebida del artículo 1594 CC, según él, dicha infracción se produce porque la acción ejercitada es la del artículo 1124 CC, resolución del contrato por causa imputable al hoy recurrente (así la recurrente extraña que se declare probado un desistimiento unilateral por parte del dueño de la obra, cuando la demandante ejercitó una acción de resolución). En contra declara el TS que "el Tribunal *a quo* declaró probado «un desistimiento unilateral por parte del dueño de la obra». Al no establecerse nada en dicho precepto sobre la forma de expresión del desistimiento bastará con una manifestación de voluntad del interesado, realizada en cualquiera de las maneras admitidas en derecho, entre ellas, por tanto, las de índole tácita, en cuya categoría, cabría incluir la derivada de aquellas situaciones que demuestran, por su equivalencia, una evidente intención o voluntad de impago de la obra. En lo concerniente a percibir la indemnización representativa del artículo 1594 CC, es doctrina de la Sala, reflejada en STS 24 de enero de 1970, 7 de octubre de 1982 y 8 de julio de 1983, que el mencionado derecho no depende de que concurran o no los requisitos exigidos por el artículo 1124 para obtener la resolución de las obligaciones recíprocas, por tratarse de dos preceptos autónomos e independientes entre sí, que contemplan figuras jurídicas diferentes y se someten a distinto tratamiento..." (Si bien, añade la sentencia, aunque la calificación de la sala de instancia acerca de la conducta del dueño de la obra, fuere en lugar de una manifestación de desistimiento, la de un incumplimiento, se llegaría a la misma conclusión dado que los daños y perjuicios probados son idénticos). (FD décimo).

Algo muy semejante sucede en la STS de 13 de julio de 1993 (RA 5798; Ponente: Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres). La demandada-recurrente, invocando el artículo 359 LEC alega incongruencia de la sentencia recurrida porque en la demanda, al amparo del artículo 1124 CC, se ejercitó una acción de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de la propia recurrente, y la Audiencia condenó a la demandada en virtud del artículo 1594 CC. El TS desestima el motivo: "Es cierto que la demanda no funda la procedencia de la indemnización solicitada en el precepto luego aplicado por el Juzgado y la Audiencia, como también lo es que los artículos 1124 y 1594 CC se refieren a situaciones diferenciadas y dan lugar a distintas consecuencias, pero ello no

## 1. La resolución por incumplimiento y el desistimiento unilateral del comitente de los artículos 1124 y 1594 CC: semejanzas y diferencias

[483] La comparación y el deslinde entre la resolución por incumplimiento y el desistimiento unilateral del comitente ha sido una constante tanto en la jurisprudencia como en la doctrina<sup>168</sup>. Es cierto que

---

constituye incongruencia porque la sentencia, partiendo de los hechos alegados y probados integrantes de la *causa petendi* –principalmente que “COMYLSA” impidió unilateralmente el seguimiento de la obra por “COTEH”-, aplica a los mismos el precepto legal adecuado (*iura novit curia*), para decidir así jurídicamente de modo correcto la cuestión planteada, lo cual es conforme a reiterada doctrina jurisprudencial (STS de 17 de marzo de 1992), a más de que la aplicación del artículo 1594, en cuanto permite el desistimiento, por su sola voluntad del dueño de la obra cuya construcción se haya empezado, y limita la indemnización al contratista ha de considerarse, en este caso, beneficiosa para la hoy recurrente, por lo que igualmente ha de perecer el motivo examinado” (FD tercero).

<sup>168</sup> En este aspecto la STS de 24 de enero de 1970 (RA 254; Ponente: Excmo. Sr. D. Federico Rodríguez Solano y Espín) ha jugado un papel fundamental; su considerando tercero dice así: “que el derecho del contratista a percibir la indemnización a que se refiere el artículo 1594 CC no depende en absoluto de los móviles o razones que hayan inducido al propietario del terreno a desistir unilateralmente del contrato de obra concertado y mucho menos de que concurran o no los requisitos exigidos por el artículo 1124... para obtener la resolución de las obligaciones recíprocas, por tratarse de dos preceptos autónomos e independientes entre sí que contemplan figuras jurídicas diferentes y se someten a distinto tratamiento, al quedar la facultad que el primero otorga, al libre arbitrio de su titular, sin necesidad de justificación de ninguna clase y depender la eficacia de la acción conferida por el segundo de la conducta observada por cada uno de los contratantes, lo que unido a los diversos efectos que cada uno de ellos provoca con relación al tiempo, se traduce en la desigualdad de sus respectivas indemnizaciones, originando que la derivada del artículo 1594 sea exigible por el simple hecho de que el dueño haya utilizado el derecho conferido por el precepto, como compensación de los que en caso contrario correspondería al otro contratante, mientras que la surgida del párrafo 2º del 1124, por su carácter accesorio del fin pretendido se desliga totalmente del incumplimiento contractual que activa la acción resolutoria y requiere su justificación en el periodo probatorio del pleito...”. Dicho considerando ha sido reiteradamente citado tanto por parte de las decisiones jurisprudenciales como por la doctrina (sentencia que fue objeto de especial interés por parte de SANTOS BRIZ, J., en “El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica”, *Revista de Derecho Privado*, mayo, 1972, pp. 379 a 419, pp. 401-402); la STS de 19 de noviembre de 1971 (RA 4906; Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Peral García) en su considerando segundo; la STS de 7 de octubre de 1982 (RA 5543; Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López) en su considerando segundo; la STS de 8 de julio de 1983 (RA 4203; Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García), (considerando tercero); la STS de 20 de febrero de 1993 (RA 1003; Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa), Fundamento de Derecho cuarto; la STS de 13 de mayo de 1993 (RA 3546; Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa), Fundamento de Derecho décimo.

Vid en la doctrina, LUCAS FERNÁNDEZ, F., “Artículo 1594” en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, XX, vol. 2º, Artículos 1583 a 1603 del Código civil, Madrid, 1986, pp. 401 a 422, pp. 405 y 406; RODRÍGUEZ MARÍN, C., *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991, pp. 259 a 266 y pp. 316 y 317, nota núm. 21; SALVADOR CODERCH, P., “Artículo 1594”, *Comentario del Código civil*, 2ªed., Madrid, 1993, pp. 1202 a 1204, p. 1203; CADARSO PALAU, J., “Notas en torno a algunas vicisitudes (extintivas, modificativas) del contrato de obra y su repercusión en el precio: I.- El desistimiento del dueño en el contrato de obra y la indemnización al contratista. II.- El problema de las variaciones y aumentos de obra y la revisión de precios”, en *Arrendamiento de obra y servicios. Arrendamientos rústicos, Cuadernos de Derecho judicial*, C.G.P.J., XVII, 1994, pp. 187 a 214, pp. 190 y 193; ALVENTOSA L., (sic) “STS de 29 de diciembre de 1995. Contrato de arrendamiento de obra: diferencias entre el ejercicio de la facultad resolutoria ex artículo 1124 del Código civil y el

ambas figuras presentan semejanzas significativas, en concreto, ambas consisten en una facultad atribuida a una de las partes contratantes que lleva consigo la desaparición de la relación obligatoria que las unía; además, ambas figuras se ejercitan a través de declaraciones unilaterales de voluntad dirigidas a la otra parte contratante; pero las diferencias entre las dos figuras son también importantes, sobre todo en relación con los **presupuestos** de una y otra y los **efectos liquidatorios** que generan.

[484] Por lo que respecta a los presupuestos. Mientras que la resolución exige la existencia de un incumplimiento contractual que reúna los requisitos exigidos por la doctrina legal para que se pueda acudir a la resolución prevista en el artículo 1124 CC, el desistimiento unilateral no está sometido a la concurrencia de una *justa causa*: el comitente puede desistir aunque el contratista cumpla o esté cumpliendo lo pactado en el contrato<sup>169</sup>.

Por este motivo nunca se nos planteará la cuestión a la inversa (conversión de la declaración de desistimiento unilateral del dueño de la obra en una declaración de resolución) pues difícilmente nos encontraremos con problemas de eficacia de la primera que no se planteen en la segunda. Cuestión ésta que no ha de confundirse con los problemas de determinación de lo verdaderamente querido por el declarante<sup>170</sup>. En este punto señala Lucas Fernández que cuando el dueño

---

desistimiento del dueño de la obra *ex* artículo 1594 del Código civil", C.C.J.C., núm. 41, abril/junio 1996, pp. 695 a 703, p. 702. Sobre características del derecho de desistimiento del art. 1594 GARCÍA VICENTE, J.R., *Ley de Contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles: el derecho de revocación*, Pamplona, 1997, pp. 143. Son constantes en este punto las referencias doctrinales a las decisiones jurisprudenciales que hemos citado en la nota anterior.

<sup>169</sup> LUCAS FERNÁNDEZ, "Artículo 1594" en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, XX, vol. 2º, Arts. 1583 a 1603 del Código civil, 1986, pp. 401 a 422, p. 406 y RODRÍGUEZ MARÍN, *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, 1991, pp. 316-317, nota núm. 21.

<sup>170</sup> Efectivamente es muy numerosa la jurisprudencia que se centra en dilucidar si el dueño de la obra ha ejercitado este derecho o si, como reacción frente al incumplimiento, ha optado por resolver (así lo pone de manifiesto CADARSO PALAU, "Notas en torno a algunas vicisitudes (extintivas, modificativas) del contrato de obra y su repercusión en el precio: I.- El desistimiento del dueño en el

de la obra opte por acudir a la facultad resolutoria por incumplimiento “debe hacerlo claramente y con todas sus consecuencias”, “asegurándose previamente la prueba de tal incumplimiento y de que éste es de entidad suficiente para fundamentarla”, pues cuando así lo ha hecho el TS ha mantenido la aplicación del artículo 1124 CC<sup>171</sup>.

[485] En cuanto a los **efectos liquidatorios**: mientras que la resolución por incumplimiento puede ir acompañada (cuando concurren los requisitos necesarios) de una pretensión indemnizatoria por parte del contratante que resuelve; en caso de desistimiento unilateral del dueño de la obra, éste tiene que indemnizar al contratista “de todos sus gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella”<sup>172</sup>.

---

contrato de obra y la indemnización al contratista. II.- El problema de las variaciones y aumentos de obra y la revisión de precios”, en *Arrendamiento de obra y servicios. Cuadernos de Derecho judicial*, C.G.P.J., XVII, 1994, pp. 187 a 214, p. 193).

La propia STS de 24 de enero de 1970 (RA 254; Ponente: Excmo. Sr. D. Federico Rodríguez Solano y Espín; *vid. supra* nota núm.--) giraba en torno a la pretensión del dueño de la obra de haber ejercitado la resolución por incumplimiento en virtud del artículo 1124 CC; sin embargo el TS declaró que en este caso el declarante había optado por el desistimiento “conclusión a la que también se llega si se tiene en cuenta que dicho señor, después de obtener asesoramiento técnico adecuado y con conocimiento de sus posibles consecuencias hizo uso del derecho que le concedía el expresado artículo 1594, por medio del acta notarial de 3 de agosto 1966 y que, por consiguiente, no puede desconocer la aplicabilidad de dicha norma en este momento de las actuaciones, sin contravenir el principio general de derecho que prohíbe ir válidamente contra sus propios actos” (considerando primero).

Y en la STS de 15 de diciembre de 1981 (RA 5158; Ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso) el TS realiza una interpretación del requerimiento que el comitente dirige al contratista y declara en el considerando de Derecho tercero que: “y aún cuando el requerimiento notarial dirigido el 31 de marzo 1976 por la parte demandada al actor es equivoco, ya que en el mismo se hace referencia a supuestos incumplimientos imputables al contratista y principalmente referentes al plazo de ejecución... se ha entendido por el juzgador de la instancia y sin conocida oposición de ninguna de las partes, que mediante el mismo la demandada ejercitó el derecho a desistir “por su sola voluntad, de la construcción de la obra”, conforme a lo prevenido en el artículo 1594 del CC, acaso por no haberse justificado incumplimiento alguno imputable al contratista actor”.

Y una cuestión semejante se plantea en la STS de 2 de noviembre de 1993 (RA 8566; Ponente: Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega Torres), Fundamento de Derecho séptimo y octavo.

<sup>171</sup> LUCAS FERNÁNDEZ, “Artículo 1594” en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, XX, vol. 2º, *Artículos 1583 a 1603 del Código civil*, 1986, pp. 401 a 422, pp. 411 y 412.

<sup>172</sup> Apunta LUCAS FERNÁNDEZ que el deber de indemnizar del dueño de la obra puede tener una gran importancia económica, según los casos, “lo suficiente para que el dueño de la obra, antes de desistir, la valore y medite. Y, sobre todo,..., para que acuda, cuando sea posible según las circunstancias, al remedio de la resolución por incumplimiento, repito, que cuando este exista al haber causa de resolución (LUCAS FERNÁNDEZ, “Artículo 1594” en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, XX, vol. 2º, Arts. 1583 a 1603 del Código civil, 1986, pp. 401 a 422, p. 411).

## 2. La conversión de la voluntad resolutoria en desistimiento unilateral en los contratos de obra

[486] Existe una importante jurisprudencia que admite que una declaración de resolución ineficaz puede ser convertida en una declaración de desistimiento unilateral, a pesar de las diferencias que encontrábamos entre ambas figuras. Pasamos a analizar algunas de las sentencias más significativas.

[487] En el caso resuelto por la STS de 5 de mayo de 1983<sup>173</sup>, los dueños de la obra enviaron un requerimiento notarial a la contratista en el sentido de que «a la vista del incumplimiento del contrato de construcción concertado entre el requirente y la entidad Domares, S.A., imputable únicamente a esa entidad mercantil, don Gregorio A.A., actuando por sí mismo y en la representación que ostenta, comunica a don Ignacio E.V., en su calidad de representante legal de la empresa requerida, la suspensión de la relación contractual a que se ha hecho mención, por el evidente incumplimiento de la misma por parte de Domares, S.A. Igualmente le notifica que el requirente hace ofrecimiento de pago de las obras efectuadas, con deducción de los perjuicios causados por el retraso de la obra, según lo pactado en la cláusula 10 del contrato de construcción».

---

Existe una discrepancia doctrinal en torno a si es necesario que el dueño de la obra acompañe a la declaración de desistimiento el ofrecimiento al contratista de la indemnización prevista en el artículo 1594 CC para que dicho desistimiento sea eficaz (así lo sostiene SALVADOR CODERCH, "Artículo 1594" en *Comentario del Código civil*, 2ª ed., 1993, pp. 1202 a 1204, p. 1203, quien afirma que no por eso la declaración carece de todo efecto, sino que genera la confianza del contratista en que puede dejar de realizar su prestación, de tal forma que la declaración es vinculante y el dueño no puede revocarla); y en contra, en nuestra opinión con mejor criterio, PRATS ALVENTOSA (*sic*), "STS de 29 de diciembre de 1995. Contrato de arrendamiento de obra: diferencias entre el ejercicio de la facultad resolutoria ex artículo 1124 del Código civil y el desistimiento del dueño de la obra ex artículo 1594 del Código civil", *C.C.J.C.*, núm. 41, abril/junio 1996, pp. 695 a 703, p. 701.

<sup>173</sup> STS de 5 de mayo de 1983 (RA 2624; Ponente: Excmo. Sr. D. José María de la Bárcena y López).

Hecho el requerimiento y paralizada la obra, la contratista presentó demanda en la que reclama el abono de las obras verificadas. Los demandados se opusieron alegando que la supuesta obra ejecutada no contenía la conformidad del arquitecto director y no formularon reclamación alguna en vía reconvencional.

A la vista de cómo quedó planteado el pleito, la sala de instancia, en el considerando segundo de su sentencia destaca, “con indudable acierto” —dice el TS—, “que dados los términos del mentado requerimiento, en el que con reiteración se alude a incumplimientos atribuidos a la entidad contratista actora, «parece deducirse claramente **que la intención de los propietarios de la obra manifestada a través de la reseñada notificación notarial no podía ser otra que la de dar por resuelto el contrato por aplicación del artículo 1124 del CC**, no obstante lo cual, en la contestación a la demanda que da origen a este pleito, no se invoca este precepto, sino que se aduce entre los fundamentos de derecho el art. 1594 del mismo cuerpo legal», razonando seguidamente, que tal posición devenía de no poder fundarse en el primero de los artículos citados, dado que el único incumplimiento aducido es el supuesto retraso en la ejecución de la obra, lo que sólo podía producir las consecuencias contractualmente previstas en la cláusula que prevenía tal evento, con una sanción indemnizatoria para el constructor por cada día de retraso, añadiendo que la tal demora no era imputable al dicho contratista, en razón a las huelgas producidas y a la incidencia de causas meteorológicas, concluyendo que **«la determinación de los propietarios de suspender la relación contractual debe ser valorada como un desistimiento unilateral, sometido a la normativa del artículo 1594 del CC que es precisamente el que se invoca en la contestación a la demanda»**, y



siguiendo dicha línea argumental y aplicando tal normativa sustantiva, a la vista del ofrecimiento de abono, por parte de los demandados, de la obra realizada, condena a su pago, con parcial estimación de la demanda, determinando el *quantum* indemnizatorio, con apoyo a la prueba pericial practicada”<sup>174</sup>.

[488] Algo muy similar sucede en el caso resuelto por la STS de 20 de febrero de 1993<sup>175</sup>. La contratista había presentado una demanda contra los dueños de la obra exigiendo una indemnización en virtud del artículo 1594 CC. Los demandados presentaron recurso de casación contra la sentencia que estimó la demanda. En el recurso alegan infracción del artículo 1124 CC porque la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta que el contratista había incumplido las condiciones del contrato en lo relativo a las calidades de construcción y a los precios pactados y declara que “los demandados expulsaron de la obra al actor sin que le formularan requerimiento resolutorio alguno”.

El TS desestima el motivo en cuanto que “«probado por admitido, que los demandados expulsaron de la obra al actor», está fuera de duda que la reclamación actora, en el punto relativo al beneficio industrial, tiene acogida en el artículo 1594 del CC, máxime, cuando es doctrina

<sup>174</sup> STS de 5 de mayo de 1983, considerando segundo de la sentencia. Y en el considerando 4º declara inalterable la interpretación que la sala de instancia ha hecho del requerimiento “claramente contenedor de una manifestación unilateral de los dueños de la obra, en orden a la suspensión de la misma, con ofrecimiento de abonar las realizadas, la aplicabilidad al supuesto controvertido del art. 1594 del CC, además expresamente invocado como aplicable por los propios recurrentes en la fundamentación jurídica de su escrito de alegaciones, era consecuencia obligada, con las secuelas que su aplicación supone, pues como ya esta Sala dijo, en sus SS. de 24 de enero de 1970, 15 diciembre de 1981 y 7 octubre 1982, la facultad de desistir que al dueño de la obra otorga el mentado artículo, que constituye una excepción a lo genéricamente dispuesto en el art. 1256 del propio Código, es unánime en la determinación de sus efectos, no dependiendo de que concurran o no los presupuestos del art. 1124, por ser preceptos con autonomía e independencia propias, operando el derecho indemnizatorio del contratista que ha de quedar indemne, con independencia de los móviles que hayan determinado al propietario para desistir unilateralmente del contrato de obra, debiendo cuantificarse las cantidades e indemnizar a través de la oportuna prueba pericial, determinante de las obras realizadas y de su real importe, al margen del condicionado del contrato de ejecución de obra”.

reiterada de la Sala (...) que «el derecho del contratista a percibir la indemnización no depende en absoluto de los móviles que hayan inducido al propietario a desistir unilateralmente del contrato de obra», y cuando los supuestos contemplados en los artículos 1124 y 1594 CC, como con acierto se razona en el mentado fundamento, no guardan relación entre sí y ambos preceptos son autónomos e independientes uno del otro»<sup>176</sup>.

[489] Más reciente es la **STS de 29 de diciembre de 1995**<sup>177</sup>. Tras ciertas desavenencias surgidas entre las partes de un contrato de obra, los dueños de la obra manifestaron su voluntad de resolver el contrato por incumplimiento del contratista. A continuación el contratista interpuso demanda en reclamación del pago de la obra realizada en indemnización de daños y perjuicios en virtud del artículo 1594 CC. Los demandados se opusieron a la demanda y formularon reconvencción fundada en el artículo 1591 CC, alegando la existencia de ruina funcional en la obra, por lo que solicitaban la indemnización de daños y perjuicios. En primera instancia se desestimó tanto la demanda como la reconvencción. La Audiencia revocó la sentencia, desestimó la reconvencción y estimó en parte la demanda, y al no apreciar la existencia de incumplimiento contractual por parte del contratista, calificó la manifestación de voluntad del comitente como ejercicio de la facultad de desistir que en virtud del artículo 1594 CC le asiste al dueño de la obra, por lo que condenó a los demandados a indemnizar al contratista por causa de dicho

---

<sup>175</sup> STS de 20 de febrero de 1993; (RA 1003; Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa).

<sup>176</sup> STS de 20 de febrero de 1993, Fundamento de Derecho cuarto.

<sup>177</sup> STS de 29 de diciembre de 1995 (RA 9611; Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda). Esta sentencia es objeto de comentario por PRATS ALVENTOSA (*sic*) en "STS de 29 de diciembre de 1995. Contrato de arrendamiento de obra: diferencias entre el ejercicio de la facultad resolutoria *ex* artículo 1124 del Código civil y el desistimiento del dueño de la obra *ex* artículo 1594 del Código civil", *C.C.J.C.*, núm. 41, abril/junio 1996, pp. 695 a 703.

desistimiento<sup>178</sup>. Contra la sentencia de la Audiencia los dueños de la obra presentaron recurso de casación fundado en dos motivos: (1) infracción del artículo 1594 CC por aplicación indebida; e (2) infracción por inaplicación del artículo 1124.2 CC.

El TS desestima el recurso de casación presentado por los demandados-reconvinientes y en tal sentido declara: **“Negado por la sentencia recurrida que el actor haya incumplido el contrato (declaración de hecho que compete al Tribunal de instancia y que esta Sala ha de respetar) no puede estimarse bien hecha esa resolución pretendida por el recurrente y, en consecuencia, es correcta la calificación de desistimiento unilateral por el dueño de la obra de esa voluntad resolutoria, a tenor de lo sostenido en la STS de 5 de mayo de 1983 citada en la aquí recurrida, así como en la de 7 de octubre de 1986; todo lo cual avala la aplicación que la Sala de instancia hace del artículo 1594 del CC, a la vista del resultado probatorio alcanzado.”**<sup>179</sup>

[490] Muy similar a la anterior es la STS de 25 de enero de 1996<sup>180</sup> en la que a pesar de que el dueño de la obra sostiene que había realizado una declaración de resolución por incumplimiento de la contratista, se

<sup>178</sup> Para más detalles, Fundamento de Derecho primero de la sentencia del TS.

<sup>179</sup> STS de 29 de diciembre de 1995, Fundamento de Derecho segundo. Respecto al motivo que alega infracción por inaplicación del art. 1124 declara el TS en el Fundamento de Derecho tercero que “Establecido por la Sala de instancia que el contratista demandante no ha incumplido las obligaciones a su cargo nacidas del contrato de ejecución de obra que vincula a los litigantes, es de aplicación la reiterada doctrina de esta Sala según la cual “respecto a quien dejó de cumplir ha de estarse en casación a lo resuelto por la Sala de instancia, mientras no se impugne por adecuada vía”... Finalmente, es de tener muy en cuenta que en su escrito de reconvención el ahora recurrente no instó la resolución del contrato... sino que sólo ejercitó una pretensión indemnizatoria alegando la existencia de ruina funcional en la obra y fundando su acción en el art. 1591... no citando en su reconvención el art. 1124.2º CC que ahora se considera infringido: de accederse a la pretensión que se deduce en este motivo se daría lugar a una resolución contractual no solicitada en la demanda reconvencional...”

<sup>180</sup> STS de 25 de enero de 1996 (RA 317; Ponente: Excmo. Sr. D. Jesús Marina Martínez-Pardo)

declara que ante la falta de acreditación de incumplimiento por parte de esta última, tuvo lugar el desistimiento unilateral del dueño de la obra<sup>181</sup>.

[491] Todas las sentencias que acabamos de exponer tienen en común que, partiendo de una declaración de voluntad que no es eficaz para producir el efecto resolutorio que pretende el declarante, sin embargo, se considera a la misma válida como manifestación de desistimiento unilateral del propio declarante. Ello es así al margen de la voluntad del propio declarante, si bien, hay que tener en cuenta que, en todos los casos analizados, era el propio destinatario de la declaración el que partiendo de la existencia de una declaración de voluntad del declarante, solicitaba, respecto de la misma, los efectos derivados de un desistimiento unilateral del declarante. Cabe preguntarse qué hubiera sucedido si su pretensión hubiese ido dirigida al mantenimiento del contrato o a la declaración de ineficacia de la resolución instada por la otra parte.

[492] La calificación correctora de la voluntad del declarante de dar por resuelto el contrato tiene un límite claro. No puede producirse cuando el destinatario de la declaración ha adoptado una posición confiando en dicha declaración de resolución y el declarante insiste en la misma. La **STS de 8 de julio de 1983**<sup>182</sup> contiene un claro ejemplo de lo que acabamos de apuntar.

En el caso resuelto por esta sentencia, el dueño de la obra ("Hotelménor, S.A."), imputando a la contratista un incumplimiento grave de las obligaciones asumidas (inobservancia del término,

<sup>181</sup> En el Fundamento de Derecho segundo de la sentencia el TS desestima el recurso presentado por la comitente en el que alega infracción por inaplicación del artículo 1124 CC.

<sup>182</sup> STS de 8 de julio de 1983; RA 4203; Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García. Sentencia comentada por CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L.H., "STS de 8 de julio de 1983: incongruencia. Resolución por incumplimiento, judicial y extrajudicial. Desistimiento unilateral del comitente en el contrato de arrendamiento de obra", *C.C.J.C.*, núm. 3, pp. 849 a 858.

importantes defectos o vicios...) hizo saber a "Dragados y Construcciones, S.A.", mediante comunicación epistolar que daba «por resuelto el contrato de arrendamiento de obra suscrito con esa entidad el 9 de junio 1973, ejercitando la condición resolutoria explícita», añadiendo que «esta resolución contractual complementa, a mayor abundamiento, la facultad resolutoria tácita a tenor de lo dispuesto en el artículo 1124 CC, por haber dado "Dragados" incumplimiento a todos los demás pactos», requiriendo en su virtud, a la contratista «para que suspenda automáticamente todos los trabajos en curso y proceda a desmontar con toda rapidez las grúas, hormigoneras, silos, barracones y demás elementos que tiene situados en la obra». El contratista presenta demanda en la que niega la oportunidad de la resolución ejercitada por la comitente y solicita, a su vez, la declaración de resolución por incumplimiento de ésta. La comitente se opone alegando que la resolución ya había tenido lugar mediante declaración por su parte. La sentencia de la Audiencia, distanciándose de cómo fue planteada la cuestión, estima que la comitente había ejercitado la facultad de desistir que el artículo 1594 CC concede al dueño de la obra. La comitente presenta recurso de casación cuyo motivo principal, se centra en la fundamentalmente en la incongruencia de la sentencia, basado en la violación del art. 359 LEC por inaplicación del 1124 CC (alegado por ambas partes) e indebida aplicación del 1594 CC.

El TS estima el recurso declarando: si bien la regla "iura novit curia", "autoriza al Tribunal para calificar de manera distinta el conflicto suscitado, tal libertad valorativa ha de partir de la estricta acomodación a los hechos alegados y a las cuestiones debatidas, pues lo contrario equivaldría al cambio de las pretensiones entabladas, modificando la causa de pedir y sustituyendo por otra la materia de controversia, postulado en el que se basa la doctrina jurisprudencial en trance de precisar cómo ha de entenderse tal correlación entre las pretensiones de las partes y los resuelto por el organismo judicial". Y por lo que respecta a la relación entre el 1124 y 1594 CC declara que "el desistimiento unilateral del comitente y la obligada indemnidad del contratista a tenor del artículo 1594 CC –literal reproducción del art. 1535 del Proyecto de 1851–, responde a una situación distinta a la de resolución del contrato conforme a lo pactado por aplicación del artículo 1124 CC, diversidad de hipótesis que no consiente asimilar ni confundir ambos preceptos, por lo mismo que responden a heterogéneos presupuestos, como también son disímiles sus consecuencias en orden a las respectivas indemnizaciones, y así lo tiene recordado la jurisprudencia –SS. de 24 de enero de 1970, 19 noviembre de 1971, 22 noviembre 1974 y 7 de octubre de 1982". Todo lo cual le lleva a la conclusión de que la indebida aplicación al caso del precepto en cuestión se traduce en un claro exceso a la hora de acoger la acción de condena a la demandada al pago de las cantidades interesadas, pues se atiende al presupuesto de la obra completa en lugar de atender a la

realmente ejecutada al tiempo en que la comitente hizo válida utilización de la facultad resolutoria del contrato tal y como se precisa en la segunda sentencia”<sup>183</sup>.

[493] En definitiva, el Tribunal Supremo, tomando en cuenta los intereses de ambas partes contratantes, realiza una interpretación correctora de la declaración inicial del comitente de resolver el contrato por incumplimiento. Esto sucede únicamente en aquellos casos en los que no concurre un incumplimiento resolutorio, y por tanto, resulta improcedente el recurso a la resolución mostrándose el contratista de acuerdo en poner fin al contrato. Cuando así sucede, considera el TS que la declaración de voluntad es eficaz como declaración de desistimiento *ad nutum*; de no ser así, la conducta del comitente podría llegar a ser calificada de incumplimiento contractual por su parte (con graves perjuicios para sus intereses). Esta jurisprudencia puede abrir vías de reflexión sobre la posibilidad de convertir declaraciones de resolución ineficaces en declaraciones de voluntad útiles para producir efectos, siempre que los intereses de ambas partes queden protegidos.

#### **C. NECESIDAD DE PRECISAR EL INCUMPLIMIENTO QUE SE LE ATRIBUYE AL DEUDOR**

[494] Al determinar el contenido que debe tener la declaración de resolución, afirmábamos que no era necesario que se emplease el término “resolución” sino que bastaba con que de la declaración se dedujera la voluntad clara e inequívoca del acreedor de resolver el contrato. Pero la declaración de resolución, ¿ha de contener algo más?, ¿basta con que declare resuelto el contrato, o es necesario que la decisión del acreedor vaya acompañada de la causa por la cual resuelve?, ¿debe

---

<sup>183</sup> CDO tercero.

alegar el incumplimiento que imputa al deudor y por el cual ejercita su facultad de resolver? En otras palabras, la declaración de resolución ¿ha de ir motivada?

### **1. Comunicación del incumplimiento a la vez que se opta por la resolución**

[495] En caso de ejercicio judicial de la facultad resolutoria, el acreedor demandante aporta los hechos y fundamentos en los cuales basa su pretensión resolutoria. Frente a ello, el deudor puede adoptar distintas estrategias, así, entre otras, puede reconocer los hechos y allanarse a la pretensión, no reconocerlos, o bien reconocerlos y oponer que no constituyen incumplimiento resolutorio a efectos del artículo 1124 CC; incluso, puede alegar el previo incumplimiento del acreedor. Pero, en cualquier caso, tiene conocimiento del incumplimiento que se le imputa.

[496] Cuando se ejercita el remedio resolutorio en la vía extrajudicial, nos encontramos con el importante escollo de que la resolución prevista en el artículo 1124 CC es eminentemente judicial y, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, carecemos de un reconocimiento expreso de esta forma de ejercicio. Esto hace que, en la delimitación del régimen de la resolución extrajudicial, seamos especialmente cautelosos, ofreciendo, en la medida de lo posible, una traslación de las garantías de las que dispone el deudor incumplidor cuando la resolución tiene lugar en el ámbito judicial, pues no hay que olvidar que el hecho de que se haya admitido en nuestro ordenamiento una resolución extrajudicial supone el otorgamiento al acreedor de una prerrogativa tan importante

como es la de poner fin a la relación obligatoria a través de su propia declaración.

[497] En este sentido, el deber que tiene el acreedor **de poner en conocimiento del deudor el incumplimiento que le imputa**, no debe ser considerado como una carga excesiva y contribuye a proteger al deudor frente a los posibles abusos que pudiera cometer el acreedor. Además, sólo así, se evita la necesidad de recurrir a los tribunales, pues únicamente conociendo el incumplimiento que se le imputa puede el deudor decidir correctamente si procede oponerse a la resolución o bien someterse a la misma, ahorrando los costes de tiempo, incertidumbre y gastos que a ambas partes contratantes supondría la incoación de un procedimiento judicial.

[498] No hay ninguna norma que establezca el contenido que ha de tener la puesta en conocimiento del deudor del incumplimiento que se le imputa para fundamentar el ejercicio de la facultad resolutoria. Son las reglas del **comportamiento honrado y leal** las que deben regir la conducta del acreedor. Para determinar el alcance de dicho deber se ha tener en cuenta una valoración de la conducta y circunstancias de ambas partes.

En principio, el acreedor debe proporcionar al deudor los datos de los que dispone en cuanto a las características del incumplimiento y como ha afectado éste al resultado pretendido con el contrato.

Es posible que el propio deudor ignore que ha habido incumplimiento (supongamos un caso de cumplimiento defectuoso en el que el deudor ha realizado la prestación e ignora el carácter defectuoso de la misma); pero también es posible que el deudor tenga pleno



conocimiento del incumplimiento que se le imputa (v. gr. es el propio deudor el que ha puesto de manifiesto que no puede o no quiere cumplir); en este último caso, carece de sentido imponerle al acreedor el deber de comunicar un incumplimiento del cual el propio deudor tiene conocimiento.

[499] Por lo que respecta al grado de detalle con el que ha de motivarse la resolución, entendemos que será necesaria una mínima indicación del tipo de incumplimiento (no es lo mismo una falta total de cumplimiento, que un cumplimiento defectuoso, parcial, retrasado etc.), así como una identificación de su entidad. En las exigencias de concreción se habrá de estar a las circunstancias del caso, a la cualificación y situación de las partes (v. gr. que el acreedor o el deudor sean expertos, que el incumplimiento sea o no manifiesto, etc.).

## **2. Utilidad de la denuncia del incumplimiento antes de optar por el remedio resolutorio**

[500] En la práctica, es frecuente que el acreedor, antes de acudir al remedio resolutorio, ponga en conocimiento del deudor su incumplimiento, que incluso proponga la subsanación de dicho incumplimiento y que sea precisamente la falta de subsanación del incumplimiento la que determine al acreedor a acudir al remedio resolutorio. En este sentido es posible distinguir entre *poner en conocimiento del deudor su incumplimiento* y *ejercitar pretensiones basadas en dicho incumplimiento*<sup>184</sup>.

---

<sup>184</sup> Sobre la diferencia entre ambos aspectos, si bien referido a la denuncia de la falta de conformidad de las mercaderías en el ámbito de un contrato de compraventa internacional véase MORALES MORENO, "Artículo 39", en *La compraventa internacional de mercaderías*, pp. 286 a 312, p. 377)

[501] Lo que acabamos de apuntar suele suceder, sobre todo, en una de las manifestaciones del incumplimiento: el cumplimiento defectuoso.

En estos casos, el deudor ha realizado la prestación (si quiera de forma defectuosa) y se presupone la existencia de cumplimiento (la prestación no fue rechazada)<sup>185</sup>. Con la comunicación al deudor del carácter defectuoso de la prestación, el acreedor pone de manifiesto su intención de no dar por cumplido el contrato. Lo cual tendrá una trascendencia práctica muy importante respecto de la posible existencia de retraso en el ejercicio del remedio resolutorio. Efectivamente, el hecho de que la denuncia del incumplimiento ponga de manifiesto la intención del acreedor de no dar por cumplido el contrato, permite impedir que el deudor se vea posteriormente sorprendido (es consciente de que el acreedor no se considera satisfecho con la prestación realizada) por el recurso del acreedor a alguno de los remedios que le ofrece el ordenamiento (entre los que se encuentra la resolución)<sup>186</sup>.

Además, con la comunicación por el acreedor de la existencia de incumplimiento, ambas partes pueden intentar solucionar el conflicto de

<sup>185</sup> Así DÍEZ-PICAZO, L., ("El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos", *A.D.C.*, 1969, fascículo II, abril-junio, pp. 383 a 404, p. 388) recuerda que "(a)nte todo, no debe olvidarse que el acreedor puede rehusar el pago si faltan los requisitos de identidad o integridad. Si el acreedor rehúsa justamente, en realidad lo que hay es no-prestación. Si el acreedor, en cambio recibe el pago con conocimiento de la defectuosidad de la prestación, la aceptación sana los defectos y hay un cumplimiento liberatorio". A lo que nosotros añadimos una precisión: dicha presunción no subsiste en caso de que el acreedor no rechace las mercaderías pero las acepte con reservas.

<sup>186</sup> Aunque es posible que, a pesar de que al deudor le conste su propio incumplimiento, un retraso excesivo en el ejercicio de la facultad resolutoria de lugar a que el acreedor no pueda valerse de ella. Ello es así en virtud del artículo 7 CC a través del mecanismo del retraso desleal o *Verwirkung*. Efectivamente, un retraso en la decisión de resolver podría crear la confianza fundada del deudor, de que el acreedor, a pesar del carácter defectuoso del cumplimiento, ha optado por mantener el contrato (son aquellos supuestos en los que el acreedor, con su conducta omisiva ha dado lugar a que el deudor pudiera esperar legítimamente que ya no ejercitaría dicha facultad). Ello será así independientemente de cuáles hayan sido las causas del retraso y la inactividad del acreedor; incluso aunque éste hubiera desconocido que le asistía tal facultad, es suficiente con que el deudor haya podido contar con que no se ejercitaría la resolución (confianza en el no ejercicio que no será protegida en caso de dolo por parte del deudor). Sobre retraso desleal y *Verwirkung*, DÍEZ-PICAZO, L., *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1963, pp. 95 a 97).

manera amistosa, por ejemplo, a través de la propuesta de una reparación del objeto o de una sustitución cuando sea posible<sup>187</sup>.

En cualquier caso, sólo a través de la puesta en conocimiento por el acreedor al deudor de la existencia de incumplimiento, ambas partes van a poder ponderar los intereses en conflicto y adoptar la solución más acorde a las circunstancias del caso. Incluso, es posible que la negativa del deudor a reparar el defecto sea precisamente la causa que justifique la resolución, remedio que en otro caso podría no ser procedente por falta de incumplimiento de suficiente entidad. La denuncia del carácter defectuoso del cumplimiento antes de la opción por cualquiera de los remedios de los que en principio parece disponer el acreedor resulta, por lo tanto, muy útil<sup>188</sup>; aunque lo cierto es que no hay ninguna norma que imponga al acreedor comunicar el incumplimiento al deudor antes de proceder al remedio resolutorio.

---

<sup>187</sup> Así, aunque circunscrito al ámbito del contrato de compraventa mercantil, señala FENOY PICÓN que es frecuente en la práctica que, ante el descubrimiento de defectos en la mercancía, las partes intenten solucionar el conflicto de manera amistosa. Consta como el vendedor suele tranquilizar al comprador, manifestándole que no se preocupe, o bien se limita a reconocer el carácter defectuoso, con lo que el comprador se ve ya dispensado de la necesidad de probarlo (FENOY PICÓN, "STS de 20 de noviembre de 1991. Compraventa mercantil. Vicios ocultos. Plazo de denuncia y plazo de ejercicio de acciones. *Aliud pro alio*. Reconocimiento por el vendedor del carácter defectuoso de la mercancía, admisión de la resolución del contrato y compromiso de reparación de los posibles daños sufridos por el comprador", *C.C.J.C.*, núm. 28, enero-marzo 1992, pp. 23 a 33, pp. 32 y 33).

<sup>188</sup> Así lo deja patente Díez-Picazo al afirmar que "no debe deducirse con carácter general que el incumplimiento por ejecución de una prestación defectuosa sea siempre una justa causa de resolución. Ante una prestación defectuosa, la acción resolutoria sólo está justificada cuando la prestación no sea útil para el fin al que se la destinaba o cuando el deudor no se allane a satisfacer su deber de

### 3. La denuncia del incumplimiento como deber del acreedor

#### a. Un ejemplo: el deber de denuncia de la falta de conformidad en la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías de 1980

[502] Especialmente interesante resulta la plasmación legal que ha recibido el **deber de examen y denuncia de las mercaderías en la CISG**. El propio articulado de la *CISG* impone al comprador una carga de examinar las mercaderías que recibe y denunciar la posible falta de conformidad de las mismas al contrato (que puede revestir muy diversas formas: defecto de cantidad, calidad, tipo...) <sup>189</sup>.

[503] El deber de examen y denuncia constituye, como regla general, un requisito necesario para que el comprador conserve los remedios previstos a su favor. Morales Moreno ha señalado que la imposición de la carga de la denuncia de la falta de conformidad supone el establecimiento de un cauce del ejercicio de los derechos atribuidos por la *CISG*: sirve para proteger los intereses de ambas partes y constituye un límite al ejercicio de las pretensiones del comprador basadas en la falta de conformidad <sup>190</sup>.

El artículo 38 *CISG* prevé que el examen por parte del comprador de las mercaderías que recibe, se realice “en el plazo más breve posible” y el artículo 39.1 *CISG* declara que “(e)l comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al

---

corrección, si este no es especialmente complicado y con él la utilidad buscada se puede obtener (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos II, Las relaciones obligatorias*, 5ªed., 1996, p. 713).

<sup>189</sup> Vid. MORALES MORENO, “Artículo 35”, pp. 296 y ss.

<sup>190</sup> MORALES MORENO, “Artículo 39”, pp. 337-338. Hace hincapié en el hecho de que la denuncia facilita la constatación y prueba posterior de la falta de conformidad o de su existencia, dado que se tiene que realizar en un plazo razonable”.

vendedor, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto”.

La denuncia permite al vendedor tomar conocimiento de la falta de conformidad y adoptar las medidas oportunas (entre las que se incluyen en determinados casos, la subsanación del incumplimiento).

Como sanción a la falta de cumplimiento de este deber, el segundo párrafo del artículo 39 *CISG* determina la pérdida por el comprador del derecho a invocar la falta de conformidad a los dos años de la fecha en que las mercaderías se pusieron en su poder, lo que le impedirá, entre otras cosas, acudir al remedio resolutorio por incumplimiento<sup>191</sup>.

Especialmente importante resulta la regla contenida en el artículo 40 *CISG*, conforme a la cual, cuando la falta de conformidad se refiera a hechos que el vendedor conocía o no podía ignorar, y que no reveló al comprador, aquél no podrá invocar las disposiciones de los artículos 38 y 39 *CISG*. Esto significa que, a pesar de que el comprador no haya denunciado la falta de conformidad, no perderá el derecho a reclamar por esta causa<sup>192</sup>. Así, a pesar de que no haya efectuado la denuncia podrá valerse de la resolución conforme a lo establecido en el artículo 49 a) i) *CISG*<sup>193</sup>.

---

<sup>191</sup> En este sentido vid. MORALES MORENO: “Con el transcurso de los dos años se priva al comprador de los remedios derivados de la falta de conformidad, por ausencia de un presupuesto necesario para su ejercicio: la denuncia en tiempo oportuno” (MORALES MORENO, “Artículo 39”, pp. 341 y 342).

<sup>192</sup> MORALES MORENO considera que la razón de ser de este precepto no es sólo que no es necesario comunicar al vendedor lo que ya sabe, sino que “el artículo 40 es una consecuencia del dolo o culpa grave del vendedor, y tiene carácter sancionador”. En este sentido el dolo del vendedor amplía la duración de las pretensiones del comprador (MORALES MORENO, A.M., “Artículo 40”, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo, pp. 347 a 355, p. 348).

<sup>193</sup> Es decir, aunque el comprador no se vea afectado por la omisión de la denuncia de la falta de conformidad, habiendo existido entrega de las mercaderías, el comprador perderá el derecho de resolución si no lo hace valer en un plazo razonable después de que haya tenido (o debiera haber tenido) conocimiento del incumplimiento. (MORALES MORENO, “Artículo 40”, p. 353).

[504] La comunicación de la falta de conformidad al vendedor no tiene que ir necesariamente acompañada del ejercicio del remedio que se elija, si bien algunos de ellos exigen que su ejercicio sea en un momento muy próximo al de la denuncia (así sucede en el caso del remedio resolutorio)<sup>194</sup>. La regulación de la falta de conformidad con relación al remedio resolutorio supone una gran diferencia respecto del incumplimiento que consiste en una falta de entrega; en este último supuesto, la CISG no establece ningún límite temporal para el ejercicio de la resolución.

***b. El deber de denuncia en Derecho interno español: una propuesta de lege lata y una propuesta de lege ferenda***

***i. La propuesta de lege lata de R. Bercovitz***

[505] A pesar de que en Derecho español las normas sobre compraventa no contienen una regulación semejante a la prevista en la CISG respecto a la carga del comprador de examinar la cosa comprada y consecuentemente de denunciar la falta de conformidad, no han faltado intentos en nuestra doctrina para llegar a resultados muy parecidos.

Especialmente sugerentes resultan las reflexiones de **R. Bercovitz**<sup>195</sup>. Este autor sostiene que, en el ámbito del contrato de compraventa, cuando el vendedor ha hecho entrega de un bien que adolece de defectos manifiestos y el comprador quiere valerse del remedio previsto en el artículo 1124 CC, es necesario que haga saber rápidamente al vendedor dicho carácter defectuoso<sup>196</sup>. Sus palabras al

<sup>194</sup> MORALES MORENO, "Artículo 39", p. 337.

<sup>195</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa", *A.D.C.*, 1969, XXII, fascículo IV, octubre-diciembre 1969, pp. 777 a 837.

<sup>196</sup> Para entender mejor estas afirmaciones, es necesario hacer una breve referencia a su posición respecto del remedio resolutorio como remedio general frente a los remedios específicos de la compraventa. Considera Bercovitz que cada grupo de remedios tiene su propio ámbito de aplicación.

respecto son suficientemente elocuentes: “si al cabo de ese tiempo que se juzga necesario para que el comprador adquiriera un conocimiento mínimo de la cosa, no ha reaccionado, entonces queda claro que no podrá reclamar contra el vendedor. Así lo exige la buena fe y la seguridad en el tráfico. La cosa entregada es manifiestamente viciosa, esto es, manifiestamente otra, y el comprador, sin embargo, la conserva y la disfruta como si se tratase de la cosa que él realmente esperaba. Es evidente que esta conducta genera una confianza en el vendedor, y por ello, vincula al comprador para un futuro”<sup>197</sup>.

Bercovitz no procede a delimitar expresamente en qué se traduce la “rapidez” con la que el comprador ha de actuar en la denuncia del carácter defectuoso del bien entregado si va a querer valerse de dicho incumplimiento para ejercitar los remedios previstos en el artículo 1124 CC; aunque de sus palabras es posible deducir que dicho plazo de denuncia en ningún caso ha de llegar a los seis meses, plazo que considera muy amplio y que no se justifica con el carácter manifiesto de los defectos<sup>198</sup>.

---

Para ello es necesario distinguir según el carácter manifiesto u oculto de los defectos del objeto entregado. Como hemos visto, en caso de vicios manifiestos resultan aplicables los remedios generales (art. 1124 entre otros) y en caso de vicios ocultos, los remedios pertinentes son los previstos en los artículos 1484 y ss.

Sobre la distinción entre la normativa aplicable según se trate de vicio oculto o aparente insiste en “STS de 10 de junio de 1983: Incumplimiento de compraventa. Acción de incumplimiento *aliud pro alio*. Saneamiento por vicios ocultos”, C.C.J.C., núm. 2, abril-agosto 1983, pp. 631 a 639, pp. 638 y 639).

<sup>197</sup> BERCOVITZ, “La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa”, A.D.C., 1969, p. 826.

<sup>198</sup> Efectivamente, según este autor, en caso de vicios ocultos (aplicables los arts. 1484 y ss), es precisamente el carácter “oculto” de los vicios, el que ha llevado al legislador a establecer un plazo para la denuncia de seis meses. Afirma que su concepción supone una interpretación del plazo de los seis meses previstos para el ejercicio de las acciones edilicias (art. 1490 CC) no como una restricción frente a los casos normales (entre los que incluye la resolución del art. 1124 CC) sino como una ampliación de los mismos. (BERCOVITZ, “La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa”, A.D.C., 1969, p. 836 y lo reitera en “Saneamiento por vicios ocultos en la cosa objeto de la compraventa: valor del plazo de seis meses concedido en el artículo 1.490 para el ejercicio de las acciones edilicias (notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1971)”, A.D.C., 1973, XXIV, fascículo I, enero-marzo, pp. 356 a 361, pp. 359 y 360 ). Posteriormente, insiste en que la diferencia entre el carácter oculto y aparente deriva básicamente del tiempo que se concede para reclamar. En estos momentos se afirma partidario de una reforma de nuestro ordenamiento (tomando como modelo, entre otros, la CV 1980). (BERCOVITZ, “STS de 6 de

[506] Este autor se detiene en precisar la necesidad de distinguir claramente entre lo que constituye la denuncia del carácter defectuoso de la prestación y la determinación del remedio por el que se opta.

Mientras que para la denuncia exige rapidez, respecto de la opción entre los distintos remedios posibles, aplica para el ejercicio de las acciones correspondientes el plazo general de quince años.

Independientemente de que se comparta o no la doctrina de Bercovitz respecto de la relación existente entre los remedios generales y los especiales de compraventa, son dos las conclusiones que nos interesa destacar y que nos parecen sugerentes:

- 1) en caso de cumplimiento defectuoso por parte del vendedor, es necesario que el comprador lo denuncie en un breve plazo<sup>199</sup>;
- 2) la comunicación del carácter defectuoso del bien no debe de ir necesariamente acompañada de la notificación del remedio por el que se opta.

## ii. La propuesta de *lege ferenda* de Morales Moreno

[507] Este autor, plenamente consciente de que la regulación contenida en el Código civil respecto del contrato de compraventa no contempla expresamente el deber del comprador de examinar la cosa comprada y, consecuentemente, de denunciar los defectos de la misma, consideró hace unos años la posibilidad de construir dicha carga a partir de la buena fe<sup>200</sup>.

---

marzo de 1985: Compraventa: incumplimiento del vendedor, distinción entre *aliud pro alio* y cosa con vicios. Acción de incumplimiento y acción de saneamiento por vicios, pp. 2471 a 2478, pp. 2473, pp. 2474 y 2475).

<sup>199</sup> Aunque no nos parece conveniente la opción que hace a favor de un plazo inferior a seis meses.

<sup>200</sup> En este sentido Morales Moreno ha apuntado al respecto que si bien nuestro Código civil no impone expresamente al comprador la carga de examinar la cosa comprada y consecuentemente de



[508] Recientemente, volviendo sobre la cuestión con motivo de la propuesta de una reforma del Código civil en materia de compraventa, defiende la conveniencia de que el comprador, cumpliendo un deber de colaboración, ponga en conocimiento del vendedor la existencia de falta de conformidad<sup>201</sup>. De no cumplir dicho deber, el comprador perderá la posibilidad de acudir al remedio resolutorio.

En concreto, siguiendo en este punto a la *CISG*, propone la incorporación en el Código de un artículo con la siguiente redacción:

“El comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de la cosa si no la comunica al vendedor, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior el comprador podrá rebajar el precio o exigir la indemnización de los daños y perjuicios, excepto el lucro cesante, si aduce una excusa razonable por haber omitido la comunicación requerida.”

---

denunciar, llega a la conclusión de que sería posible construir dicha carga a partir de la buena fe (MORALES MORENO, A.M., “Artículo 38” en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, pp. 325 a 335, p. 327). Y Carrasco Perera propone acudir al principio de buena fe para imponer al comprador la carga de comprobar el estado de la cosa en un tiempo razonable, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, de tal forma que no pueda reclamar por los defectos si no los denuncia en un tiempo razonable desde que los descubrió o debió descubrir (CARRASCO PERERA, A., “STS de 7 de mayo de 1993. Compraventa: distinción entre la civil y la mercantil; saneamiento e incumplimiento”, *C.C.J.C.*, núm. 32, abril-agosto 1993, pp. 557 a 335, p. 327).

<sup>201</sup> «Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: la compraventa», en *XII Jornades de Dret Català a Tossa*, segunda ponencia, *La reforma dels Codis Civils en un context d'aproximació europea*.

#### **IV. POSIBILIDAD DE UNA DECLARACIÓN DE RESOLUCIÓN CONDICIONADA A LA FALTA DE CUMPLIMIENTO EN UN PLAZO ADICIONAL FIJADO POR EL ACREEDOR**

[509] Determinado el contenido mínimo de la declaración de resolución, (voluntad clara e inequívoca de resolver y motivos de la resolución cuando el deudor los desconozca) se nos plantea la cuestión de si la declaración de resolución puede o debe ir precedida o acompañada del otorgamiento al deudor de un plazo durante el cual pueda dar cumplimiento al contrato y evitar con ello la resolución.

##### **A. LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL**

[510] Nuestro Código civil contempla una resolución por incumplimiento eminentemente judicial, se limita a prever de forma muy amplia la posibilidad del acreedor de resolver el contrato en el caso de que la otra parte contratante “no cumpliera lo que le incumbe”.

Según lo previsto en este precepto, si producido el incumplimiento, el acreedor presenta demanda solicitando que se declare la resolución, “el Tribunal decretará la resolución a no haber causas justificadas que le autoricen a señalar plazo”<sup>202</sup>. Será por tanto el tribunal el que, valorando las circunstancias en las que tiene lugar el incumplimiento, determinará si, atendidas éstas, procede conceder un plazo al deudor para que cumpla y con ello evite la resolución, o por el contrario, procede sin más la declaración de resolución<sup>203</sup>. Esto significa que, en principio, producido el incumplimiento, el acreedor puede acudir

<sup>202</sup> *Vid.* al respecto, DÍEZ-PICAZO, “El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos”, *A.D.C.*, 1969, pp. 383 a 404.

<sup>203</sup> Sobre este aspecto, señala Díez-Picazo que según la fórmula del precepto el Tribunal se pronuncia con cierta dosis de arbitrio, fundado sobre todo en la equidad contractual. (*Fundamentos*, II, p. 702).

inmediatamente al remedio resolutorio, será el tribunal quién determine si a pesar del incumplimiento y de la opción del acreedor por la resolución, es posible que el deudor cumpla (tardíamente) y evite que opere dicha resolución.

[511] En consonancia con lo declarado respecto de la resolución judicial, se ha dicho que la resolución que opera sin intervención judicial, mediante declaración unilateral del acreedor, es **directa e inmediata**, de tal manera que producido el incumplimiento, el acreedor puede proceder sin más a pronunciar la declaración de resolución<sup>204</sup>. Sin embargo, las diferencias entre ambas formas de ejercicio tienen consecuencias importantes.

[512] En el caso de ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria, nos encontramos con que es el propio acreedor —que toma la iniciativa de declarar unilateralmente la resolución— el que valora el incumplimiento y decide si el mismo reúne las cualidades necesarias para acudir al remedio resolutorio. En este sentido, podemos afirmar que asume los riesgos de que, en un proceso posterior, el Tribunal estime que la declaración de resolución no se ajustaba a derecho<sup>205</sup>; de ahí la importancia que tiene la determinación de cuándo nos encontramos ante un incumplimiento resolutorio, pues si bien hoy no se discute que no es necesario que haya un incumplimiento definitivo para que proceda la resolución, tampoco se discute que *no todo incumplimiento justifica la resolución*<sup>206</sup>.

<sup>204</sup> OGÁYAR AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1124 y 1504 del CC*, p. 107; DELL'AQUILA, *La resolución por incumplimiento*, p. 175.

<sup>205</sup> Lo cual puede llegar a significar que se considere que, dejando de cumplir el contrato, el acreedor ha incurrido en causa de resolución.

<sup>206</sup> Si bien en este punto la doctrina no es unánime en cuanto a cómo se explica esta afirmación. Así, hay autores que se refieren a un incumplimiento grave (ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los*

## 1. Incertidumbre respecto al carácter resolutorio del incumplimiento

[513] Es cierto que en determinados casos, no cabe duda de que nos encontramos ante un incumplimiento de la entidad suficiente cómo para provocar el recurso al remedio resolutorio, de tal forma que el acreedor no tendrá dudas acerca de la idoneidad del recurso a dicho remedio. Así sucede, por ejemplo, en los **denominados incumplimientos definitivos** que incluyen los supuestos de destrucción de la prestación; de voluntad manifiesta del deudor de incumplir; y aquéllos en los que, aunque el cumplimiento es objetivamente posible, no es idóneo para satisfacer el interés perseguido por ambas partes al contratar, o por el acreedor, siempre que el deudor debiera haberlo conocido en el momento de contratar y no lo hubiera rechazado (v. gr. el tiempo de cumplimiento era esencial según la reglamentación contractual), es lo que jurisprudencialmente se denomina “frustración del fin perseguido por el contrato”<sup>207</sup>.

---

*contratos bilaterales por incumplimiento*, p. 158; DELGADO, en Lacruz Berdejo et al., *Elementos de Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, vol. 1º, *Parte General. Teoría General del Contrato*, 3ª ed., 1994, p. 200), importante (JORDANO BAREA, “Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita. Comentario a la sentencia de 9 de junio de 1950”, *A.D.C.*, 1951, pp. 303 a 310, p. 307); Sin embargo, para Díez Pícazo es erróneo acudir a un criterio arbitrario como el de la “gravedad” del incumplimiento, y opera a través del mecanismo del ejercicio de buena fe de la facultad resolutoria (“El retraso, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos”, p. 398 y *Fundamentos*, II, pp. 718 a 720). Sobre esta diferencia apunta Baraona que no duda que “la viabilidad de la pretensión resolutoria exige que se funde en un incumplimiento importante, y creo que la idea que exige un verdadero incumplimiento controlado por la buena fe expresa casi lo mismo: no toda anormalidad en el período de cumplimiento puede autorizar la desvinculación contractual. Lo que para unos es valoración del incumplimiento para otros será verdadero incumplimiento, pero en ambos casos la buena fe es un elemento normativo que ilumina la tarea de interpretación” (BARAONA GONZÁLEZ, *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, p. 309).

<sup>207</sup> Sobre la terminología acuñada por el TS y aceptada por la doctrina, resultan muy interesantes las observaciones de Pilar de la Haza que en su libro, *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, pone de manifiesto que bajo esta denominación el TS realiza una valoración de las consecuencias que en una determinada relación contractual puede tener el que no se cumpla exactamente el proyecto contractual, con independencia de cual sea la causa concreta que la genera (p. 90). Apunta esta autora, que el recurso jurisprudencial a la frustración del fin del negocio como criterio para declarar la resolución “aunque no es un dechado de precisión”, supone un cambio en la perspectiva desde la cual el tribunal contempla el incumplimiento, “incluso el hecho de que en lugar de utilizar la voluntad obstativa al cumplimiento del deudor acuda como argumento del fallo a las frustraciones de las finalidades negociales, hace pensar que es el criterio de este Tribunal objetivizar en lo posible los elementos a valorar para calificar un incumplimiento como resolutorio” (p. 98).

[514] Sin embargo, en otros casos, no es tan sencillo determinar si el acreedor dispone del remedio resolutorio. En ocasiones resulta especialmente difícil determinar si un concreto incumplimiento es “suficiente” para justificar el recurso al remedio resolutorio. Nos referimos a aquéllos casos en los que, a pesar de haberse producido el incumplimiento, el **cumplimiento todavía es posible y útil para satisfacer los intereses del acreedor**<sup>208</sup>. La cuestión que se plantea es la siguiente: ¿Qué prima en estos casos, el interés del deudor en cumplir o el del acreedor en recibir el cumplimiento o desvincularse? La respuesta no va en un sentido o en otro, sino en una adecuada **ponderación de los intereses en juego**: el interés del deudor en cumplir y el interés del acreedor en desvincularse de un contratante incumplidor<sup>209</sup>. Aunque es correcto afirmar que, a pesar del incumplimiento, el deudor tiene derecho a cumplir<sup>210</sup>, también es cierto que ello no debe llevar necesariamente a que el deudor se vea obligado a permanecer vinculado de forma indefinida simplemente porque el cumplimiento todavía es posible y útil al acreedor<sup>211</sup>.

[515] La solución al conflicto de intereses la expone con toda claridad Pantaleón: será posible el recurso al remedio resolutorio cuando nos

---

<sup>208</sup> En este punto señala CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., que existe una marcada tendencia jurisprudencial a sobreentender la subsistencia del interés del acreedor en recibir la prestación si no consta lo contrario. (*La mora*, Madrid, 1978, pp. 19 a 20).

<sup>209</sup> Sobre esta ponderación de los intereses en juego, MÉLICH ORSINI asegura que está claro que tanto en los sistemas germánicos (de resolución extrajudicial con aviso formal de resolución) como en los latinos (que prevén una resolución mediante declaración judicial) se busca establecer un cierto equilibrio entre el interés que puede tener en la resolución la parte que la invoca y el interés eventual contrapuesto que puede tener la otra parte en resistirse a ello (*La resolución del contrato por incumplimiento*, 1979, p. 36).

<sup>210</sup> PANTALEÓN, se refiere a un derecho del deudor a cumplir “incluso del que incumple por causa a él imputable” (“Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, p. 1731).

<sup>211</sup> En este sentido Díez-PICAZO afirma que sería atrevido defender que en nuestro Ordenamiento la resolución sólo puede ser excepcionalmente acordada, cuando el contrato deja de ser útil para los

encontremos ante un incumplimiento de entidad y circunstancias tales que razonablemente, a tenor de la específica valoración contractual del concreto deber infringido y de las exigencias de la buena fe, ya no pueda seguirse exigiendo a la parte cumplidora o dispuesta a cumplir, que continúe vinculada por el contrato<sup>212</sup>.

[516] El TS confirma lo que acabamos de apuntar, pues admite que se acuda al expediente de la resolución por incumplimiento en ocasiones en las que la prestación objetivamente considerada era posible y permitía alcanzar el fin perseguido con el contrato y en las que, sin embargo, existía un interés atendible en que se decretase la resolución que merecía protección.

Por lo que respecta al “interés atendible”, Díez-Picazo apunta que parece que debe consistir en el carácter intolerable de un retraso prolongado<sup>213</sup>.

[517] Conforme a lo que acabamos de exponer, es fácil comprender la importancia que tiene determinar cuándo una falta de cumplimiento deja de ser un simple retraso para pasar a constituir un retraso prolongado o una prolongada inactividad que justifica el recurso al remedio resolutorio.

Sólo con una respuesta clara a esta cuestión se eliminará la incertidumbre que en estos casos puede rodear al acreedor respecto a la

---

fines perseguidos por las partes, pues “la resolución ampara al contratante cumplidor frente al incumplimiento, no sólo frente a la frustración del fin del contrato”.

<sup>212</sup> PANTALEÓN, “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, p. 1733.

<sup>213</sup> *Fundamentos*, II, pp. 714 y 715; HAZA, tras un análisis de la jurisprudencia más actual también llega a la conclusión de que en aquellos casos en los que existe retraso en el cumplimiento que no va acompañado de otras circunstancias como una voluntad del deudor de incumplir, la imposibilidad de cumplir total o temporal pero que no es posible conocer cuando va a desaparecer, sólo se concede el remedio resolutorio cuando el retraso es lo suficientemente prolongado como para justificar la extinción contractual, por considerar que no se puede exigir al acreedor una espera interminable para acceder a su prestación (*El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, pp. 26 a 27).

procedencia o improcedencia, en el caso concreto, de una declaración de resolución por incumplimiento.

[518] En un intento de resolver el problema de forma clara y general (aplicable a todos los supuestos de retraso) se ha buscado una relación entre la mora y la resolución por incumplimiento. Se ha planteado la posibilidad de que la constitución en mora fuese un presupuesto o requisito previo al ejercicio de la resolución por incumplimiento, ello permitiría defender que la constitución en mora transforma el retraso en incumplimiento resolutorio<sup>214</sup>. Sin embargo, ninguna de las afirmaciones realizadas es correcta.

[519] A pesar de ser una cuestión debatida en nuestra doctrina, finalmente se ha impuesto la solución de considerar que la **constitución en mora no es presupuesto ni requisito previo para el ejercicio de la resolución por incumplimiento**<sup>215</sup>. Las razones para llegar a esta conclusión son, principalmente dos.

---

<sup>214</sup> Especialmente interesante resulta la postura adoptada por ÁLVAREZ VIGARAY quien con una clara influencia italiana sostiene que, a diferencia de lo que sucede en caso de ejercicio judicial de la resolución, en caso de ejercicio extrajudicial de la resolución por declaración unilateral del acreedor "la previa constitución del deudor en mora es imprescindible"; el autor afirma que en caso de que no se haga así, la declaración de resolución estará mal hecha (*La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, pp. 190 y 191).

Recientemente, a favor de la constitución en mora como requisito previo a la resolución GRAMUNT estima que sólo a través de la constitución en mora existe un incumplimiento jurídicamente relevante, "(n)o quiere con ello decirse que la mora sea un elemento más de la acción resolutoria, sino que debe preexistirle para dar relevancia jurídica a la situación de no cumplimiento, ya que no basta la mera situación fáctica" (GRAMUNT FONTBUENA, M.D., *La mora del deudor en el Código civil*, Barcelona, 1993, pp. 128 a 132).

<sup>215</sup> DÍEZ-PICAZO hace una sencilla exposición de los argumentos esgrimidos a favor de la exigencia de la constitución en mora para poder acudir al remedio resolutorio ("El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos, pp. 399 y 400).

Recientemente, a favor de la constitución en mora como requisito previo a la resolución GRAMUNT estima que sólo a través de la constitución en mora existe un incumplimiento jurídicamente relevante, "(n)o quiere con ello decirse que la mora sea un elemento más de la acción resolutoria, sino que debe preexistirle para dar relevancia jurídica a la situación de no cumplimiento, ya que no basta la mera situación fáctica" (GRAMUNT FONTBUENA, *La mora del deudor en el Código civil*, pp. 128 a 132).

La primera de ellas se refiere al hecho que el artículo 1124 CC no exige dicha constitución en mora para que tenga lugar la resolución por incumplimiento<sup>216</sup>. A lo que hay que añadir que —tal y como puso de relieve Díez Picazo en su trabajo sobre el retraso la mora y la resolución—, el retardo por sí solo (sin necesidad de especiales actos de intimación para la constitución en mora) puede tener una evidente relevancia jurídica y constituye infracción del deber contractual que genera responsabilidad en el deudor<sup>217</sup>.

La segunda razón, es que mora y resolución son instituciones jurídicas distintas<sup>218</sup>; con orígenes históricos distintos<sup>219</sup>; y con regímenes que se han desarrollado por separado<sup>220</sup>. Todo ello lleva a sostener que si se procede a entrecruzar los requisitos de la mora con los de la resolución, la puesta en mora puede llegar a constituir un obstáculo en el ejercicio de la resolución. No olvidemos que su función primordial es requerir de cumplimiento al deudor y no comprobar dicho incumplimiento<sup>221</sup>.

<sup>216</sup> DÍEZ-PICAZO, ("El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos", p. 400) y, prácticamente repitiendo las palabras de este autor, CLEMENTE MEORO (*La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, § 46, núm. 177) que tras un estudio de la jurisprudencia reciente apunta que no existen decisiones jurisprudenciales que exijan como requisito para la resolución la constitución en mora.

<sup>217</sup> DÍEZ PICAZO, "El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos", pp. 401 a 404.

<sup>218</sup> Vid, GRAMUNT (*La mora del deudor en el Código civil*, p. 97) y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (*La mora y la responsabilidad contractual*, p. 404).

<sup>219</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 714, aunque reconoce que el argumento histórico no es decisivo y DELGADO en Lacruz, *Derecho de obligaciones*, vol. 1º, *Parte general. Teoría general del contrato*, 3ªed., 1994, pp. 200 a 202; seguido por CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, § 46, núm. 177.

<sup>220</sup> DÍEZ-PICAZO, (*Fundamentos*, II, p. 714), seguido por CLEMENTE MEORO, (*La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, § 46, núm. 177).

<sup>221</sup> DÍEZ-PICAZO, (*Fundamentos*, II, p. 714) y CANO MARTÍNEZ DE VELASCO (*La mora*, p. 13). En este punto resultan muy esclarecedoras las palabras de MÉLICH-ORSINI, cuando afirma: "erraría el Juez que rechazara la demanda de resolución sólo porque no hubiese existido previamente un requerimiento u otro acto equivalente intimando de cumplimiento al deudor, ya que lo que corresponde al juez es tan sólo investigar si el retardo en el cumplimiento presenta la gravedad suficiente para ser estimado como un incumplimiento que justifica la resolución" (*La resolución del contrato por incumplimiento*, p. 185).



[520] Cuestión distinta es la relativa a la posibilidad de que la constitución en mora convierta por sí sola el retraso en incumplimiento resolutorio. Con carácter general, **no es correcto afirmar que la mora convierte el retraso en incumplimiento resolutorio**<sup>222</sup>; lo cual no impide que, en determinados casos, su función no es comprobar el incumplimiento que la constitución en mora sea útil para, de manera indirecta poner en claro si va a existir o no un incumplimiento persistente<sup>223</sup>. En este sentido se afirma la utilidad que puede tener, de cara al futuro ejercicio del remedio resolutorio, **la realización de un requerimiento al deudor reclamándole el cumplimiento y advirtiéndole que de persistir en el mismo se procederá a la**

<sup>222</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 714, DELGADO, en Lacruz Berdejo et al., *Derecho de Obligaciones*, vol. 1º, *Parte General. Teoría General del Contrato*, 3ª ed., 1994, pp. 200 a 202. Incluso, ÁLVAREZ VIGARAY, que defiende que la constitución en mora es requisito imprescindible en caso de ejercicio extrajudicial de la resolución, aclara que la mora sólo permite proceder a la resolución cuando priva al acreedor del interés que tenía en el cumplimiento (*La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, pp. 192 a 193).

<sup>223</sup> Así lo ha subrayado PINTO RUIZ, ("En torno a la llamada condición resolutoria tácita (art. 1124 CC)" (2ª parte), *R.J.C.*, 1953, pp. 424 a 446, pp. 434 a 436). Aunque este autor afirma que el retraso será causa de resolución cuando frustre el fin perseguido, admite que la mora con reiteración sostenida puede ser propósito de incumplir de tal manera que la mora "será expresión de propio incumplimiento cuando por su excesiva duración y alargamiento sin justificación moral alguna (no ya jurídica), da a conocer que no se trata de retardo sino que nunca va a cumplirse la prestación". DELL' AQUILA partiendo de que es requisito para que tenga lugar la resolución, la existencia de una voluntad deliberadamente rebelde o un hecho obstativo que de modo absoluto y definitivo impida el cumplimiento, afirma que, aunque en sí el Derecho español no requiere la constitución en mora del deudor para que tenga lugar la resolución del contrato, "sin embargo en ciertos casos este mecanismo puede ser de gran importancia para averiguar la efectiva voluntad del incumplidor" (*La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, p. 176). OGÁYAR AYLLÓN también ha llamado la atención sobre este hecho, en el sentido de que una demora reiterada (requerido el deudor para hacerle saber su situación de incumplimiento invitándosele formalmente a cumplir) puede significar el propósito de no cumplir (*Efectos que produce la obligación bilateral*, pp. 90 y 91).

CRISTÓBAL MONTES, A., (*La mora del deudor en los contratos bilaterales*, Madrid, 1984, p. 159) afirma que "... considerando que, salvo en supuestos muy singulares, un retraso moderado en el cumplimiento de la mayor parte de las obligaciones no sólo resulta inofensivo, sino que además forma parte de la cortesía y de la benevolencia normales en el ámbito de los contratos, hasta el punto de que podría encajar sin mayor forzamiento en el principio de buena fe que preside también la etapa de la ejecución contractual, podría aceptarse que en el supuesto de demora simple en la realización de la prestación el incumplimiento sólo se patentiza cuando el acreedor ha hecho incurrir al deudor en mora mediante el requerimiento sin éxito de que de cumplimiento a lo que se debe". Insiste en precisar que la presencia de la mora en el juego resolutorio no tiene lugar por mérito propio y como figura que necesariamente debe formar parte en la estructura de aquél, sino como algo circunstancial que viene dado por la actuación de unas condiciones que se producen a otros efectos (p. 162). Y en un sentido parecido GONZÁLEZ GONZÁLEZ, *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, pp. 36, 37 y 71.

**resolución**<sup>224</sup>. Entiéndase bien, la utilidad de la constitución en mora se deriva del hecho de que **pone en evidencia la existencia de falta de cumplimiento y persistencia en el incumplimiento a pesar de la invitación a cumplir**. Ello hace que no sean útiles para este fin los mecanismos que una parte importante de la doctrina ha desarrollado para facilitar la constitución en mora al deudor en las obligaciones bilaterales; pues, conforme a los mismos, en muchos casos ésta se produce sin necesidad de intimación con lo que no existe un requerimiento de cumplimiento al deudor<sup>225</sup>.

<sup>224</sup> PINTÓ RUIZ declara que, en caso de retraso, si interesa obtener la resolución no está de más requerir acusando la mora y advirtiendo de que de persistirse en esta actitud se procederá a la resolución ("En torno a la llamada condición resolutoria tácita (art. 1124 CC)" (2ª parte), *R.J.C.*, 1953, pp. 424 a 446, pp. 434 a 436). FERNÁNDEZ CANTOS, después de insistir en que la mora no es presupuesto para que haya incumplimiento contempla la posibilidad de que, una vez que el deudor ha incurrido en mora, el acreedor le fije un plazo prudencial para el cumplimiento, advirtiendo que se rechazaría la prestación en otro caso, y transcurrido el plazo podrá el acreedor reclamar la resolución ("La resolución de los contratos por causa de incumplimiento (requisitos necesarios para la aplicación del art. 1124)", *R.G.L.J.*, núm. 209, 1960, pp. 34 a 114, pp. 103 y 104); DELL' AQUILA señala que en caso de que el incumplimiento se haya producido pocos días antes y el contratante no haya manifestado ni siquiera de forma implícita sus intenciones, la única forma de averiguar lo que quiere hacer, es hacerle saber por medios adecuados su situación de incumplimiento y al mismo tiempo invitarle formalmente a cumplir. Y si después de esta notificación que constituye en mora al deudor, éste continúa no cumpliendo, considera que no cabe duda acerca de su voluntad rebelde (*La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, p. 176).

<sup>225</sup> Desde la promulgación del Código civil, el último párrafo del artículo 1100 CC —que regula la mora en las obligaciones recíprocas—, se había venido interpretando de forma **mayoritaria** en el sentido de que en las obligaciones recíprocas la constitución en mora opera de forma automática, desde el momento en que el acreedor cumple lo que le corresponde (así lo defendieron autores como SCÆVOLA, SÁNCHEZ ROMÁN, CASTÁN, BONET, ESPÍN, BORRELL SOLER, JORDANO BAREA, OSSORIO MORALES, PUIG PEÑA, en contra de esta interpretación mayoritaria DÍAZ PAIRÓ y RODRÍGUEZ ARIAS; por su parte HERNÁNDEZ GIL se muestra dubitativo). En 1968 ALBALADEJO, M., propuso una nueva lectura del art. 1100 *in fine*, según la cual, también en las obligaciones recíprocas rige la regla general de la mora **mediante requerimiento** (a lo que se añade, como especialidad de este tipo de obligaciones, que el acreedor ha de haber cumplido lo que le incumbe) (los argumentos a favor de esta interpretación los apunta en "La mora en las obligaciones recíprocas", *R.C.D.I.*, 1968, pp. 22 a 30 y después los desarrolló y preció en "De nuevo sobre las obligaciones recíprocas", *Estudios Homenaje a J.B. Vallet de Goytisolo*, vol. I, 1988, pp. 29 a 52 en respuesta a las objeciones realizadas por CRISTÓBAL MONTES (*La mora del deudor en los contratos bilaterales*, pp. 35 y ss.) La solución propuesta por este autor ha sido aceptada por OGÁYAR AYLLÓN (*Efectos que produce la obligación bilateral*, pp. 28 a 32), BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS (*El incumplimiento de las obligaciones*, pp. 83 a 88); BADOSA COLL, F., ("Artículo 1100", en *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1ª ed., Madrid, 1991, p. 33); CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, aunque por otras razones (*La mora*, p. 83); y más recientemente GRAMUNT FONTBUENA (*La mora del deudor en el Código civil*, pp. 51 y 52) e intentando salvar alguna de las objeciones que se le han hecho a ALBALADEJO, "La mora en las obligaciones recíprocas: una nueva propuesta", *R.C.D.I.*, septiembre de 1999, pp. 579 a 595.

Y aunque ha sido CRISTÓBAL MONTES quién ha salido en defensa de la interpretación "tradicional" del art. 1100, volviendo a defender la existencia de una resolución automática (*La mora del deudor en los contratos bilaterales*, pp. 61 y ss), hoy en día goza de mayores adhesiones, la

**B. LA DECLARACIÓN DE RESOLUCIÓN CONDICIONADA A LA FALTA DE CUMPLIMIENTO: SU LICITUD Y UTILIDAD**

[521] Algunos de nuestros autores, conscientes de las incertidumbres que rodean al acreedor que, ante la falta de cumplimiento en el momento previsto, quiere desligarse de la relación obligatoria, y de lo injusto que puede ser exigirle que, a pesar del incumplimiento, permanezca vinculado durante un periodo de tiempo más o menos prolongado en una relación que finalmente se revela inútil han puesto de manifiesto la **posibilidad de realizar una declaración de resolución condicionada a la falta de cumplimiento en un plazo adicional otorgado por el propio acreedor.**

Estos autores advierten que a pesar de la falta de un reconocimiento legal expreso de la exigencia de declaración de resolución, condicionada a la falta de pago en el plazo adicional señalado por el acreedor, no se encuentra ningún obstáculo para que el acreedor tome esta iniciativa<sup>226</sup>.

---

distinción llevada a cabo por DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos*, II, pp. 639 a 644; así, comparten esta solución: DELGADO en Lacruz Berdejo et al., *Derecho de Obligaciones*, vol. 1º, *Parte General. Teoría General del Contrato*, 3ªed., 1994, pp. 187 a 189); CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, 1998, § 46, núm. 177 y DÍEZ-PICAZO, Gema, *La mora y la responsabilidad contractual*, pp. 574 y ss.). Este autor, para solucionar la cuestión planteada, distingue según el momento de cumplimiento de las obligaciones que integran la relación. Así, en caso de que las obligaciones recíprocas sean de cumplimiento simultáneo y una de las partes ha cumplido la que le corresponde, existe mora sin necesidad de interpelación (de esta cuestión se ha ocupado últimamente FERNÁNDEZ URZAINQUI, F.J., “La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales”, *R.C.D.I.*, año LXXIII, marzo-abril 1997, núm. 639, pp. 403 a 462, en concreto, pp. 442 a 462 con interesantes referencias jurisprudenciales); si ninguna de las partes ha dado cumplimiento a su obligación, cualquiera puede poner en mora a la otra parte pero para ello es necesario que realice una interpelación a la otra parte y que ponga a su disposición su propia prestación. En caso de obligaciones recíprocas de cumplimiento no simultáneo o diferido, es necesario distinguir según cuál sea la obligación incumplida: si incumple el obligado en primer lugar, la otra parte puede constituirle en mora a través de interpelación (sin necesidad de ofrecer el pago a no ser que su obligación haya vencido); si el obligado en primer lugar cumple, y el obligado en segundo lugar incumple, la constitución en mora de este segundo no se rige por el 1100 *in fine* y sigue el régimen general de la constitución en mora mediante interpelación.

<sup>226</sup> DELL'AQUILA, *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, p. 195; DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, *Las relaciones obligatorias*, 5ªed., 1996, p. 722. OGÁYAR AYLLÓN también admite esta posibilidad aunque concluye que “lo natural y habitual” es que no haya señalamiento de

[522] Además, a su favor hay que resaltar que la declaración de resolución condicionada a la falta de pago puede jugar un papel importante a la hora de valorar la procedencia de la propia resolución por incumplimiento en estos casos en los que el cumplimiento es todavía posible y útil para satisfacer los intereses contractuales del acreedor.

El hecho de que el acreedor haya otorgado al deudor una última oportunidad para cumplir, antes de proceder a la resolución, no pasa desapercibido. Si posteriormente se discute la procedencia de la resolución, se incorpora un elemento más a valorar por el propio tribunal, que no sólo contempla la existencia de un incumplimiento contractual, sino la concesión de un plazo adicional al deudor para que cumpla y evite la resolución. Esto permitirá al tribunal llegar al convencimiento de que —a pesar de que el incumplimiento no era definitivo (todavía era posible y útil)—, dadas las circunstancias, no era exigible al acreedor que permaneciera vinculando de forma indefinida, pudiendo salirse del contrato si así lo deseaba.

[523] Este recurso a la declaración de resolución condicionada a la falta de cumplimiento en el plazo adicional otorgado por el acreedor, supone una adecuada protección de los intereses de ambas partes: el acreedor no se ve obligado a permanecer vinculado de forma indefinida a pesar del incumplimiento (sino que transcurrido el plazo otorgado es razonable y conforme a la buena fe, que opte por desvincularse) y el deudor no se ve sorprendido por una resolución, sino que tiene la oportunidad de salvar el contrato dando cumplimiento a su obligación en el plazo adicional concedido por el acreedor.

---

plazo (*Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1124 y 1504 del CC*, p. 107).

[524] La falta de reconocimiento legal de la concesión de un plazo al deudor para que cumpla antes de que tenga lugar la resolución no ha impedido que, en la práctica, se habitual su utilización.

### **1. Una práctica habitual: la declaración de resolución de la compraventa de inmuebles condicionada al impago del precio**

[525] En el ámbito de la compraventa de bienes inmuebles y en el marco del artículo 1504 CC, se ha hecho frecuente que el vendedor, antes de declarar la resolución por falta de pago del precio por el comprador, conceda un plazo adicional al comprador para que proceda al cumplimiento.

#### **a. La notificación de la resolución en el artículo 1504 CC**

[526] El artículo 1504 del CC establece que “en la compraventa de inmuebles, aun cuando se hubiera estipulado que por falta de pago del precio en el tiempo convenido tendrá lugar de pleno derecho la resolución del contrato, el comprador podrá pagar, aun después de expirado el término, ínterin no haya sido requerido judicialmente o por acta notarial. Hecho el requerimiento, no podrá el juez concederle nuevo término”. Dicho precepto ha sido interpretado unánimemente en el sentido de que aunque se haya pactado que la resolución operará *ipso iure* por el transcurso infructuoso del plazo previsto para el pago del precio, el comprador podrá realizar un pago válido y eficaz una vez transcurrido dicho plazo, ínterin no haya sido requerido judicial o notarialmente por el vendedor.

[527] Respecto al significado que ha de darse al requerimiento previsto en el artículo 1504 CC, existen intentos doctrinales en el sentido de concebirlo como un *requerimiento de pago*<sup>227</sup>. Conforme a esta interpretación, producido el incumplimiento, el vendedor no puede proceder inmediatamente a declarar la resolución sino que ha de intimar al comprador para que pague y si no lo hace, que se avenga a tener por resuelto el contrato (dispondrá del plazo que el vendedor le señale a tal efecto, y si no señala ninguno la doctrina ha considerado válido, el plazo de dos días laborables previsto en el artículo 204 del Reglamento Notarial)<sup>228</sup>. Puntualizan estos autores que si se quiere que el requerimiento de pago —indispensable para que pueda tener lugar la resolución— tenga a su vez efectos resolutorios, es necesario que en el mismo conste de forma clara e inequívoca la voluntad del vendedor de que se produzca dicho efecto<sup>229</sup>.

<sup>227</sup> ROVIRA JAÉN, F.J., *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles. (Su razón histórica)*, Madrid, 1996, pp. 250 a 267. (aunque ya lo había defendido con anterioridad, en "El requerimiento del artículo 1504 del Código civil", *Revista de Derecho Notarial*, abril-junio, 1981); BADÍA SALILLAS, Á., "En torno al artículo 1504 del Código civil: requerimiento, resolución y transmisión del derecho del vendedor", en *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Madrid, 1985, pp. 39 a 66, en concreto pp. 44 a 47; MAGARIÑOS BLANCO, V., "Eficacia y alcance de la cláusula resolutoria en garantía del precio aplazado en la compraventa de bienes inmuebles", *R.C.D.I.*, año 68, número 608, enero-febrero, 1992, pp. 63 a 142, en concreto, pp. 130 a 142; recientemente, MOLL DE ALBA, C., (*La resolución por impago de la compraventa inmobiliaria. La figura del pacto comisorio*, Barcelona, 1999, p. 90).

<sup>228</sup> BADÍA denuncia que se trata de unos plazos muy severos y considera muy acertada la regulación establecida en la Ley 486 de la Compilación Navarra que exige para la resolución el transcurso de un mes y un día o el plazo mayor pactado, a contar desde el requerimiento fehaciente de pago; ("En torno al artículo 1504 del Código civil: requerimiento, resolución y transmisión del derecho del vendedor", pp. 44 y 45). En los últimos años, MOLL DE ALBA ha propuesto nuevas posibilidades (*La resolución por impago de la compraventa inmobiliaria. La figura del pacto comisorio*, pp. 93-97).

Curiosamente, RODRÍGUEZ ADRADOS, que no comparte la teoría del requerimiento de pago, afirma: "por razones de equidad, el principio de conservación del contrato y el *favor debitoris*, debiera admitirse el pago al comprador en el momento mismo del requerimiento, e incluso en los dos días laborables que el Reglamento Notarial establece para contestar, en general, a todo requerimiento, que no es un término de gracia, que es lo que el art. 1504 impide, sino el tiempo estimado legalmente necesario para igualar al requerido ausente en el momento de la práctica de la diligencia con el presente, y, en cierto modo, con el requirente, que ha podido meditar y asesorarse todo lo que quiso antes de proceder al requerimiento" (y señala que en la práctica es frecuente admitir el pago en el acto del requerimiento). RODRÍGUEZ ADRADOS, A., "Algunos aspectos de la «Lex commissoria»", *R.C.D.I.*, año XLIV, enero-febrero de 1968, núm. 464, pp. 49 y ss, pp. 74 *in fine* y 75.

<sup>229</sup> ROVIRA JAÉN apunta que la forma correcta para el requerimiento de pago es el acta notarial o judicial que contenga la intimación al pago y el ejercicio de la resolución se debe formalizar mediante

[528] Sin embargo, hoy en día predomina la tesis que sostiene que el requerimiento del artículo 1504 CC es un *requerimiento resolutorio* o, mejor dicho, una mera *notificación de la resolución*<sup>230</sup>. Conforme a esta interpretación, producido el impago por parte del comprador, basta con que el vendedor ponga en conocimiento del comprador (de forma fehaciente: judicial o notarialmente) su decisión de valerse del remedio resolutorio, sin necesidad de requerirle de pago previamente. Este sector doctrinal afirma que aunque el artículo 1504 CC hace referencia a un “requerimiento”, en un sentido técnico preciso es necesario hablar de una *notificación*, tal y como lo establece el artículo 59 del Reglamento Hipotecario, (el requerimiento cumple la función de intimar a alguien para que haga o diga algo, la notificación es puesta en conocimiento del destinatario) pues en el ámbito de este precepto el vendedor simplemente ha de comunicar al comprador su propósito resolutorio<sup>231</sup>.

---

acta de notificación, de manera subsidiaria (*El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles. (Su razón histórica)*, p. 267). Y MAGARIÑOS insiste en que la notificación de la resolución puede hacerse después del requerimiento de pago o bien “puede ir implícita o embebida en el mismo requerimiento por razones de economía procedimental” (“Eficacia y alcance de la cláusula resolutoria en garantía del precio aplazado en la compraventa de inmuebles”, p. 140).

<sup>230</sup> Fue MANRESA quien primero atacó la interpretación del artículo 1504 CC como requerimiento de pago, señaló que ello era contradictorio en el sentido de “lo anómalo y paradójico que resulta el requerir de pago a una persona precisamente para impedirle que pague (...) Esta sencilla reflexión entendemos que es más que suficiente para comprender que en el art. 1504 no se trata de un requerimiento de pago o para pago, sino más bien de una notificación auténtica de que el vendedor opta por la resolución del contrato...” (MANRESA Y NAVARRO, J.M., *Comentarios al Código civil español*, X, 3ª ed., Madrid, 1919, p. 298). La mayoría de la doctrina ha seguido esta línea marcada por Manresa, así, entre otros, podemos citar a MARTÍNEZ SARRIÓN, Á., (“Repercusiones prácticas de escrituras notariales”, *R.D.P.*, marzo, 1964, pp. 183 y ss., p. 186); IRURZUN GOICOA, D., (“La cláusula resolutoria y el pacto comisorio”, en *Estudios de Derecho Privado* bajo la dirección de Antonio de la Esperanza Martínez-Radio, Madrid, 1965, pp. 1 a 55, p. 26); MULLERAT BALMAÑA, R.M., (“El pacto comisorio en las compraventas de inmuebles (Art. 1504 del Código civil)”, *A.D.C.*, XXIV, fascículo II, abril-junio 1971, pp. 481 y ss., p. 507) a quién sigue GARCÍA CANTERO, (“Artículos 1445 a 1541 del Código civil”, en *Comentarios del Código civil y Compilaciones forales*, XIX, 2ª ed., 1991, pp. 464-466); ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, (*Derecho Hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral*, 8ª ed. revisada, ampliada y puesta al día, III, Barcelona, 1995, p. 436); Y, por último, también comparte la solución de Manresa, OGÁYAR AYLLÓN, *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina Jurisprudencial sobre los artículos 1124 y 1504 del Código civil*, pp. 152 y 157.

<sup>231</sup> Así MANRESA, se refiere a una “notificación auténtica de que el vendedor opta por la resolución” (*Comentarios al Código civil español*, X, 3ª ed., 1919, p. 298); CAMY dice que el requerimiento del art. 1504 es una “pura notificación” (CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, Buena ventura, “Comentario a la

Para estos autores, la especialidad del artículo 1504 CC radica en evitar el automatismo del pacto resolutorio porque dicha resolución no tendrá lugar hasta que el vendedor no comunique fehacientemente por acta notarial de notificación o mediante acto de conciliación su decisión de resolver aunque se haya pactado una resolución automática<sup>232</sup>. Ello significa que a pesar de haber transcurrido el plazo contractualmente previsto para el pago, el comprador podrá pagar hasta que no se le haya notificado la resolución, pero una vez notificada, no puede impedirla ofreciendo el pago.

[529] La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo es en este punto clara y constante a favor del requerimiento del artículo 1504 CC como requerimiento resolutorio<sup>233</sup>. Son muy numerosas las ocasiones en las que la jurisprudencia ha tenido oportunidad de dejar claro y manifiesto su postura al respecto. Así, aunque reconoce que la cuestión no está resuelta en el plano doctrinal, y se refiere a “las encontradas tesis

---

resolución de 13 de junio de 1962”, *R.D.P.*, julio-agosto, 1962, pp. 681-684, p. 683); RODRÍGUEZ ADRADOS (“Algunos aspectos de la «Lex commissoria», pp. 74 *in fine* y 75); MIQUEL CALATAYUD (“Consideraciones sobre el impago del precio en la compra-venta”, *R.C.D.I.*, año LVIII, 1985, núm. 571, pp. 1499 a 1540, p. 1522); ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL (*Derecho Hipotecario*, III, p. 437); GARCÍA CANTERO, (“Artículo 1504”, en *Comentarios del Código civil y Compilaciones Forales*, XIX, pp. 464-466); MARTÍNEZ SANCHÍZ, (“Artículo 1504 CC”, *Comentario del Código civil*, 1ª ed., 1991, pp. 984 a 987, p. 985) afirma que “El acta notarial es de notificación, pues no hay tanto intimación cuanto comunicación del propósito resolutorio, si bien el problema de sus diferencias con un genuino requerimiento carece de importancia práctica, pues ambas clases de actas reciben hoy regulación idéntica”.

<sup>232</sup> Así lo pone de relieve GONZÁLEZ POVEDA (GONZÁLEZ POVEDA, P., “La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el artículo 1504 del Código civil”, *A.A.M.N.*, XXXVI, pp. 177 a 215, p. 186).

<sup>233</sup> De esta jurisprudencia da buena cuenta la doctrina, así por ejemplo, JORDANO FRAGA cita la STS de 21 de febrero de 1986 (RA 838): «sin olvidar que la declaración de voluntad recepticia en forma de requerimiento fehaciente al deudor, no se dirige a reclamar el pago, sino a provocar la resolución misma, como esta Sala ha declarado- sentencias 23 de mayo de 1981 (RA 2138), y 19 enero y 25 de mayo de 1984 (RA 354 y 2547), entre otras muchas-» (JORDANO FRAGA, *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código civil*, 1992, p. 42) y PAU PEDRÓN, A., (*La efectividad de la facultad resolutoria explícita*, Madrid, 1995, p. 19) no pone en duda que para el Tribunal Supremo la finalidad del requerimiento el art. 1504 CC es “la expresión de dar por resuelto el contrato” (STS de 18 de octubre de 1994); no sólo no se trata de un requerimiento de pago, sino que “tiene por fin obstar formalmente al pago”. En los últimos años, GONZÁLEZ POVEDA (“La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el artículo 1504 del Código civil”, *A.A.M.N.*, XXXVI, pp. 177 a 215, pp. 202 y 203) y PÉREZ DE ONTIVEROS, C., (*Requerimiento y resolución en la compraventa inmobiliaria*, Elcano, 2001, pp. 99 a 108).



mantenidas por la científica en torno a la naturaleza jurídica y efectos del acto del requerimiento, para unos constitutivo de una intimación al pago con resolución *ex lege* si éste no se produce, y para otros notificación resolutoria obstativa a pago, sin intimación para que éste se produzca”, admite que la expresión “requerimiento del artículo” 1504 del CC no es un verdadero requerimiento, sino una notificación de resolución puesto que no va dirigida a reclamar el pago, sino a provocar la resolución<sup>234</sup>.

Tomemos como ejemplo el pronunciamiento contenido en la STS de 7 de julio de 1998<sup>235</sup>. El TS rechaza el motivo del recurso presentado por los compradores en el que alegaban infracción de los artículos 1124 y 1504 CC y afirma:

**“el requerimiento a que se refiere el artículo 1504 del Código civil, según enseña la Sentencia de 23 de mayo de 1981 (RA 2138) «presupone la expresión formal del acto volitivo del vendedor de dar por resuelto el contrato de compraventa por el incumplimiento por el comprador del pago del precio, aunque para que pueda producir plenos efectos es indispensable que dicho comprador tenga conocimiento de tal acto volitivo, siendo el tal requerimiento la expresión formal del vendedor de resolver sin que al mismo tiempo pueda imponerse la obligación de requerir previamente de pago»<sup>236</sup>.**

<sup>234</sup> Afirmación contenida en la STS de 1 de junio de 1987 (RA 4021; José Luis Albácar López) y repetida entre otros, por la STS de 6 de noviembre de 1991 (RA 7936; Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda) y STS de 24 de febrero de 1990 (RA 713; Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda).

<sup>235</sup> STS de 7 de julio de 1998 (RA 5124; Ponente: Excmo. Sr. D. José Almagro Nosete).

<sup>236</sup> En la STS de 30 de diciembre de 1997 (RA 9193; Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda) declara en FD primero que: “Es por ello requisito para el ejercicio de la acción resolutoria del art. 1504 citado, la existencia de un requerimiento notarial o judicial en que se manifieste esa voluntad resolutoria del vendedor, requerimiento que, dice la Sentencia de 26 de febrero de 1985 (RA 775) «constituye una notificación al deudor obstativa al pago y declarativa de la voluntad del vendedor de tener por resuelto el contrato, mas no un requerimiento o intimación para el pago del precio, es decir, un acto cuyo fin esencial y último es el ejercicio del derecho de resolución contractual...» Y en la STS de 22 de septiembre de 1997 (RA 6858; Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) se desestima el motivo del recurso presentado por los compradores en el que alegan infracción del art. 1504 porque no se les ha concedido un plazo de gracia para ponerse al corriente de sus obligaciones.

La STS de 1 de junio de 1987 (RA 4021; Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López) afirma respecto del requerimiento del art. 1504 que es “concebido por reiterada jurisprudencia en el sentido de constituir una notificación al deudor obstativa al pago y declarativa de la voluntad del vendedor de tener por resuelto el contrato, más no un requerimiento o intimación para el pago del precio- Sentencias de 9 de noviembre de 1944 (RA 1183), 26 de junio de 1978 (RA 2452), 6 de

**b. El pacto de una cláusula resolutoria con concesión de plazo al deudor para cumplir**

[530] Un sector doctrinal ha puesto de manifiesto que se ha convertido en una práctica notarial muy extendida, el pacto de una cláusula resolutoria en la que se prevé la resolución por falta de pago del precio aplazado, sometiéndose, además, dicha resolución a la previa concesión al deudor de una última oportunidad de cumplir, otorgándosele un plazo adicional para ello<sup>237</sup>.

A favor de la validez de una cláusula de este tipo, afirma Martínez Carrión que si un requerimiento puede producir un efecto resolutorio automático (tal y como sostiene la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia respecto del previsto en el art. 1504 CC), también puede producirlo condicionalmente si así se pacta. Y añade: “lo mismo que se

---

febrero de 1979, 30 de marzo de 1981 (RA 1137), 10 de abril de 1981 (RA 1531) y 29 de noviembre de 1982 (RA 6938).”

Más recientemente la STS de 24 de julio de 1999 (El derecho 99/21401; Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda) en contra en el motivo se alega que el art. 1504 establece la obligación del vendedor de requerir de forma fehaciente de pago al comprador para que pueda operar la resolución por impago, declara en su FD que “ninguna de las antiguas sentencias de esta Sala que se citan en el motivo (la más reciente es del año 1958) ni ninguna de las numerosísimas dictadas con posterioridad, ni el texto del art. 1504 abonan la tesis del recurrente; como tiene declarado con tal reiteración esta Sala que ello excusa de la cita de las sentencias en que así se hace, el único requerimiento que exige el art. 1504 como requisito previo para que se produzca la resolución de la compraventa es aquel que implica una intimación a que el comprador se avenga a resolver la obligación y a no poner obstáculos a ese modo de extinguirla, rechazándose por la doctrina jurisprudencial la tesis de quienes sostienen que tal requerimiento constituye una intimación al pago con resolución *ex lege*, si éste no se produce.”

<sup>237</sup> Así RODRÍGUEZ ADRADOS, “Algunos aspectos de la «Lex commissoria»”, *R.C.D.I.*, año XLIV, 1968, núm. 464, pp. 49 y ss., p. 67; ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral*, 8ªed., III, 1995, p. 438; MAGARIÑOS (p. 130 e insiste en pp 140 y 141 y MARTÍNEZ SARRIÓN (“Repercusiones prácticas de escrituras notariales”, *R.D.P.*, 1964, pp. 183 y ss., p. 188.

Y en la STS de 22 de septiembre de 1997 (RA 6858; Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), en contra del motivo de los compradores que alegan “ausencia de concesión de un plazo de gracia”, el TS afirma que aunque en la práctica notarial otra de las formas que permite la ley, además de la judicial, para efectuar el requerimiento resolutorio, sea frecuente que la cláusula resolutoria especifique que el requerimiento en tal sentido contenga un determinado término de gracia, y ello haya sido estimado como lícito por la jurisprudencia de esta Sala (S. 20 de noviembre de 1985 (RA5620); no significa que tal gracia sea obligatoria como requisito *ad solemnitaten* para la eficacia de la acción resolutoria que contempla el tantas veces mencionado precepto del CC” (FD primero).

puede requerir sin más al comprador moroso para que tenga por resuelta la venta, se le puede requerir para que la tenga por resuelta sólo en caso de que no cumpla el requerimiento de pago que a la vez se le hace, señalándole un término para realizarlo”<sup>238</sup>.

[531] En los casos en los que se incorpora al contrato de compraventa un pacto de este tipo, si el acreedor quiere proceder a la resolución del contrato porque el comprador no ha pagado el precio, no es imprescindible que haga dos requerimientos (o mejor dicho, un requerimiento de pago concediendo un plazo para ello, y transcurrido éste de forma infructuosa, uno procediendo a la notificación de la resolución). Es perfectamente posible —y así sucede en la práctica— que el vendedor incorpore en una sola acta notarial ambos aspectos; en la misma acta de concesión de un nuevo aplazamiento, puede realizar la pertinente notificación de la resolución condicionada a la falta de pago por el comprador<sup>239</sup>. Si transcurre el plazo sin que el comprador abone el precio, la resolución operará sin que el vendedor tenga que realizar una nueva declaración de voluntad en tal sentido. Para que esto suceda es necesario que en el requerimiento conste la voluntad clara e inequívoca del vendedor de resolver la compraventa en caso de impago, de no ser así, el requerimiento sólo producirá los efectos de una intimación al pago<sup>240</sup>.

<sup>238</sup> MARTÍNEZ SARRIÓN, “Repercusiones prácticas de escrituras notariales”, *R.D.P.*, 1964, pp. 183 y ss., p. 188.

<sup>239</sup> MARTÍNEZ SARRIÓN, “Repercusiones prácticas de escrituras notariales”, *R.D.P.*, 1964, p. 188; RODRÍGUEZ ADRADOS, “Algunos aspectos de la «Lex commissoria»”, 1968, p. 75; MIQUEL CALATAYUD, “Consideraciones sobre el impago del precio en la compra-venta”, *R.C.D.J.*, año LVIII, 1985, núm. 571, pp. 1499 a 1540, p. 1522.

Es lo que Roca ha denominado “notificación-requerimiento” (ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral*, 8ª ed., III, 1995, p. 438).

<sup>240</sup> JORDANO FRAGA, *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código civil*, 1992, pp. 43 a 45 se refiere “un requerimiento inequívocamente resolutorio pero condicionado (para el caso de que el comprador requerido

[532] Por lo que respecta al plazo del que dispone el comprador para pagar y así evitar la resolución, se ha de estar al que hayan pactado las partes, o en su caso, al que discrecionalmente haya fijado el vendedor, y si no se establece ninguno se acudirá al artículo 204 RN que contempla un plazo de dos días laborables, aunque dicho plazo se ha considerado excesivamente severo. En la práctica los plazos rondan entre los ocho y quince días<sup>241</sup>.

[533] Es posible que, aunque no se haya pactado una cláusula de este tipo, el vendedor, por propia iniciativa, otorgue al comprador una última oportunidad de cumplir antes de que opere la resolución por incumplimiento<sup>242</sup>.

En estos casos juega un papel fundamental la redacción que el acreedor dé a su requerimiento<sup>243</sup>. De hecho, la mayoría de las

---

simultáneamente, así, de pago y de resolución, no pague los plazos del precio vencidos en el transcurso de equis días)".

<sup>241</sup> Así por ejemplo, en el caso resuelto por la STS de 28 de enero de 1999 (RA 328; Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes) los vendedores habían concedido un plazo de ocho días; en la STS de 26 de marzo de 1996 (RA 2446; Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros) el plazo concedido para cumplir era de quince días hábiles; en la STS de 23 de marzo de 1996 (RA 2586; Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales) el plazo concedido fue de ocho días naturales; y tanto la STS de 6 de noviembre de 1991 (RA 7936; Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda) como la STS de 8 de febrero de 1988 (RA 768; Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Latour Brotons) contemplan un plazo de ocho días.

<sup>242</sup> Como señala Miquel Calatayud, no se trata de una novación, sino de una renuncia del vendedor a su derecho a obtener la resolución inmediata, pero que sólo tiene carácter temporal, durante el tiempo que dure el nuevo plazo concedido. Si transcurre el nuevo plazo concedido sin que el comprador haya cumplido, queda expedito su derecho a instar la resolución inmediata mediante la pertinente notificación resolutoria (MIQUEL CALATAYUD, "Consideraciones sobre el impago del precio en la compra-venta", *R.C.D.I.*, año LVIII, 1985, núm. 571, pp. 1499 a 1540, p. 1522).

<sup>243</sup> Así lo apunta CLAVERÍA GOSÁLVEZ, L.H., "STS de 23 de octubre de 1984. Interpretación del contrato. Cesión de contrato y cesión de crédito. Resolución de venta de bienes inmuebles por incumplimiento del comprador", *C.C.J.C.*, núm. 6, pp. 2027 a 2035, pp. 2032 a 2033.

Ejemplo de este tipo de iniciativa es la STS de 23 de marzo de 1996 (RA 2586; Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales, que respecto del requerimiento del vendedor una vez analizado su tenor, afirma que el mismo concede "graciablemente un plazo de ocho días para pagar todo lo adeudado y anunciándole clara y expresamente que si transcurría dicho plazo sin pagar daba por resuelto el contrato conforme al artículo 1504").

También la STS de 21 de junio de 1996 (RA 5108; Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) tiene como objeto la interpretación de un requerimiento notarial efectuado por el vendedor en el que a pesar de solicitar el pago del precio, de manera subsidiaria anunciaba el ejercicio

decisiones jurisprudenciales que se pronuncian sobre este tipo de requerimientos condicionados, resuelven recursos presentados por el propio comprador, en los que se cuestiona únicamente si ha existido un requerimiento de pago o también existe una notificación de resolución. Lo cual muestra lo importante que resulta en la práctica la constancia clara e inequívoca de la voluntad del vendedor de resolver el contrato si el comprador no cumple en el nuevo plazo otorgado. Sirvan de ejemplo las SSTs de 28 de enero de 1999<sup>244</sup>; de 30 de diciembre de 1997<sup>245</sup>, de 18 de abril de 1997<sup>246</sup>, de 23 de marzo de 1996<sup>247</sup>, de 21 de junio de 1996<sup>248</sup> y de 24 de febrero de 1990<sup>249</sup>.

---

de la resolución, así lo considera el TS que estima que ha habido un requerimiento condicionado al pago de las cantidades adeudada en un plazo discrecionalmente fijado por vendedor.

<sup>244</sup> STS 28 de enero de 1999 (RA 328; Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes). En la que el TS concluye que la voluntad resolutoria del vendedor no ofrece dudas.

<sup>245</sup> STS de 30 de diciembre de 1997 (RA 9193; Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda), el TS estima que el requerimiento en cuestión ("Requerimiento: Me requiere a mí el Notario, para que a mi vez lo haga a doña Juana del P.G.M..., y le requiera al pago la cantidad de quince millones doscientas cincuenta mil pesetas, que quedaron aplazadas en la escritura de compraventa con condición resolutoria, de una casa de una sola planta sita en esta Ciudad...") es una simple intimación al pago y que no puede atribuírsele efectos resolutorios.

<sup>246</sup> STS de 18 de abril de 1997 (RA 3246; Ponente: Excmo. Sr. D. José Luis Albácar López) que llega a la conclusión de que existía requerimiento resolutorio.

<sup>247</sup> STS de 23 de marzo de 1996 (RA 2586; Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales). En el caso resuelto por esta sentencia, los vendedores comunican por conducto notarial a la compradora que le concedía un plazo de ocho días naturales para que pudiera pagarle las expresadas cantidades y que pasado el citado plazo sin haber hecho pago, el contrato de compraventa "quedará resuelto de pleno derecho, sin necesidad de requerimiento ni notificación alguna, y ello, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1504 del CC", el TS declara que en una correcta interpretación, dicho requerimiento ha de desplegar la eficacia resolutoria que le corresponde".

<sup>248</sup> STS de 21 de junio de 1996 (RA 5108; Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta), en la que el TS declara que hubo un requerimiento resolutorio condicionado a la falta de pago. Los compradores pretendían que sólo había existido un requerimiento de pago.

<sup>249</sup> STS 24 de febrero de 1990 (RA 713; Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda). El comprador alega infracción de los arts. 1124 y 1504 CC, entre otras razones, porque el requerimiento del vendedor no contiene la voluntad clara de resolver. El TS desestima el recurso al quedar dicha voluntad resolutoria manifestada de forma clara y rotunda, aunque subordinada a la falta de pago en un plazo determinado.

**c. Admisión por la jurisprudencia de una declaración de resolución condicionada a la falta de pago**

[534] La jurisprudencia se ha tenido que pronunciar sobre las declaraciones de resolución condicionadas a la falta de pago del precio en el plazo otorgado por el vendedor y no ha dudado de su licitud.

En este sentido, la STS de 25 de mayo de 1984<sup>250</sup> declara: «nada se opone a que el requerimiento de pago surta también el efecto resolutorio del artículo 1504 CC si expresamente se hace extensivo a ese efecto el requerimiento de pago, que es justamente lo perseguido mediante las actas notariales de 6 de septiembre de 1975, que hicieron llegar al demandado y aquí recurrente una carta de esa fecha conminando al comprador “para que dentro del plazo de 30 días pague la cantidad adeudada, ya que de no hacerlo quedará resuelto el contrato de compraventa con aplicación de la cláusula penal y por indemnización de daños y perjuicios”; de suerte que, no obedeciendo el requerimiento en cuanto referido al pago de lo adeudado, se siguió el efecto resolutorio, al que también era extensivo el propio requerimiento, en los inequívocos términos reproducidos: “de no hacerlo (el pago, dentro del plazo de 30 días) quedará resuelto” el contrato de compraventa... lo cual (el requerimiento resolutorio), sin embargo, es compatible con la práctica usual, ora se emplee el acta notarial o bien se efectúe el requerimiento mediante acto de conciliación, de que al tiempo de manifestarse por el vendedor la voluntad resolutoria; se ofrezca simultáneamente, al comprador en deuda del precio, ya por última vez, la oportunidad de pagar- SS. 30 de mayo 1942 (RA 640), 26 de junio 1978 (RA 2452) y 10 abril 1981 (RA 1531)-, con la secuela (como en el caso en que recayó la de 30 de marzo 1981 R.A. 1137), de que, efectuado el pago en los términos de la conminación, decaiga la pretensión resolutoria; dándose la contemplada posibilidad —explica la de 29 de noviembre 1982 (RA 6938)- porque no hay ninguna objeción jurídicamente atendible en nuestro Derecho, que impida calificar el requerimiento *ex* artículo 1504 del CC, como un acto jurídico integrado en su fin principal, por una declaración unilateral de voluntad a la que la ley anuda un efecto resolutorio contractual, condicionada, es decir, en la que la finalidad última, que es el ejercicio de la resolución, se condicione (en su sentido técnico jurídico) o se subordine negativamente al cumplimiento de un acto (el pago por el deudor comprador), y porque esa posibilidad de condicionar el requerimiento resolutorio,

<sup>250</sup> STS de 25 de mayo de 1984 (RA 2547; Ponente: Excmo. Sr. D: Cecilio Serena Velloso). Citada por JORDANO FRAGA, pp. 44-45 y PAU PEDRÓN, p. 19.

**tampoco choca con ningún postulado, bien particular, tocante a la licitud de las condiciones, bien general, referido al ejercicio normal de los derechos o conforme a las exigencias de la buena fe, que en modo alguno pueden estimarse conculcadas»**

La STS de 28 de enero de 1999<sup>251</sup> desestima el recurso presentado por el comprador contra la sentencia que declaraba la resolución del contrato. El vendedor había enviado una carta-requerimiento por conducto notarial en la que se contenía un requerimiento al pago en un plazo improrrogable de ocho días, y se concretaba que se realizaba a tenor del artículo 1504, especificándose que transcurrido el plazo sin haberse hecho el pago “se procederá a rescindir dicha compraventa en la forma contenida en el mismo”, y el TS afirma que: “ha de recordarse que, habida cuenta de la naturaleza jurídica compleja del acto de requerimiento, es **doctrina jurisprudencial, hoy día sin fisuras, que es válido el requerimiento en el que se condiciona la resolución contractual al pago de las cantidades adeudadas en un plazo que discrecionalmente concede el vendedor al comprador** (SS. 1 de junio de 1987 (RA 4021)<sup>252</sup>, 8 de febrero de 1988 (RA 768), 6 de noviembre de 1991 (RA 7936) o 21 de junio de 1996 (RA 5108) y la Sentencia de 31 de marzo de 1992 (RA 2312) rechazó el motivo que alegaba que el requerimiento realizado contenía una intimación al pago y no el que exige el artículo 1504, por ponerse de manifiesto la voluntad resolutoria cuando se decía en el acta “que transcurrido dicho plazo sin haberse efectuado el pago de las cantidades adeudadas procederá la resolución judicial de la compraventa”. La Sentencia de 26 de marzo de 1996 (RA 2446) contempla un requerimiento resolutorio en el que se concedía antes un plazo de 15 días para cumplir, y se le dio validez. En la sentencia de 23 de marzo de 1996 (RA 2586) el plazo era de ocho días y también se concedió eficacia resolutoria ante el impago y en fin, la de 20 de junio de 1996 (RA 5105) declara explícitamente que “resulta válido, como aquí sucede, que se hubiera concedido previamente oportunidad de

<sup>251</sup> STS de 28 de enero de 1999 (RA 328; Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes).

<sup>252</sup> Las sentencias actuales hacen constante referencia a esta sentencia cuyo fundamento de derecho es comúnmente reiterado: “Que aun reconociendo la mentada doctrina jurisprudencial, las encontradas tesis mantenidas por la científica en torno a la naturaleza jurídica y efectos del acto del requerimiento, para unos constitutivo de una intimación al pago con resolución *ex lege* si éste no se produce, y para otros notificación resolutoria obstativa a pago, sin intimación para que éste se produzca, tiene declarado esta Sala que no hay ninguna objeción jurídicamente atendible en nuestro derecho que impida calificar el requerimiento del art. 1504 CC como un acto jurídico complejo integrado en su fin principal, por una declaración unilateral de la voluntad –a la que la ley anude un efecto resolutorio contractual- condicionada, es decir, en la que la finalidad última, que es el ejercicio de la jurisdicción, se condiciona –en su sentido técnico jurídico- o se subordina al cumplimiento de un acto, el pago por el deudor comprador, por lo que se integra una verdadera y propia declaración unilateral de voluntad encaminada a la resolución del contrato de compraventa obstativo del pago posterior del precio por el deudor”.

cumplir antes de que se produzca el efecto resolutorio". La voluntad resolutoria, pues, no ofrece dudas".

La STS de 22 de septiembre de 1997<sup>253</sup> deja claro que aunque se ha convertido en una práctica muy común, por parte del vendedor, dar a su requerimiento un sentido distinto al simplemente resolutorio, y convertirlo en un "acto jurídico complejo", que contiene un requerimiento de pago -concediendo un último plazo- y una notificación de la resolución -para el caso de que no se pague dentro de ese plazo-, ésta es una facultad del vendedor, no una obligación.

#### **d. Respaldo doctrinal a esta práctica**

[535] La doctrina considera perfectamente lícito el pacto conforme al cual, el vendedor ha de requerir de pago al comprador antes de declarar la resolución<sup>254</sup>. En este sentido se advierte que no existe ningún obstáculo en el artículo 1504 del CC ni en el artículo 59 RH para que el vendedor pueda realizar una notificación-requerimiento, en la que se conmine al comprador por haber optado por la resolución a menos que haga efectivo el precio en el plazo que al efecto le señala<sup>255</sup> (el artículo 1504 lo que hace es impedir al Juez que sea él quien conceda un nuevo plazo).

[536] Sin embargo, la doctrina no se ha limitado a declarar la licitud de dicho pacto sino que, además, se ha mostrado muy favorable a que proliferen este tipo de pactos, y en caso de que no se establezcan, que sea

<sup>253</sup> STS de 22 de septiembre de 1997 (RA 6858; Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta).

<sup>254</sup> El primero que se planteó la cuestión de la validez de este tipo de pactos fue CAMY quién después de aclarar que el artículo 1504 contiene una pura notificación de resolución, considera admisible un pacto con requerimiento de pago seguido de la notificación del artículo 1504 (CAMY "Comentario a la resolución de 13 de junio de 1962", *R.D.P.*, julio-agosto, 1962, pp. 681 a 684, p. 683). Y, MAGARIÑOS, "Eficacia y alcance de la cláusula resolutoria en garantía del precio aplazado en la compraventa de bienes inmuebles", *R.C.D.I.*, año 68, número 608, enero-febrero, 1992 pp. 63 a 142, pp. 132 a 133, dice que dicho pacto está hoy admitido por la generalidad de la doctrina. Lo cual sigue siendo totalmente cierto, pues no hemos encontrado a nadie que lo haya puesto en cuestión.

<sup>255</sup> ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral*, 8ª ed. III, 1995, p. 438.



el propio vendedor quién espontáneamente, realice una declaración de resolución condicionada a la falta de pago, en el plazo que discrecionalmente otorgue al comprador. A favor de esta práctica se muestran tanto los autores que defienden la existencia de un requerimiento de pago en el ámbito del artículo 1504 CC, como aquéllos que defiende que el artículo 1504 CC únicamente contempla una notificación de resolución<sup>256</sup>.

Se considera que la solución en virtud de la cual el vendedor ha de conceder un último plazo al deudor para pagar y con ello impedir la resolución, logra “el mayor equilibrio en la ecuación que supone la protección de intereses del comprador y vendedor, así como fortalecimiento del crédito y la seguridad de las transacciones”<sup>257</sup>. Además, con la concesión del plazo al deudor, se afirma, desaparece el carácter sorpresivo que pudiera tener la declaración de resolución y se favorece al propio vendedor pues si realiza un requerimiento de pago concediendo un término prudencial para que el comprador pueda cumplir (con la declaración subsidiaria de resolución en caso de que no pague), difícilmente se podrá entender que existía un retraso justificado. En definitiva, con una práctica de este tipo se aporta seguridad a las transacciones pero respetando los principios de buena fe y equidad<sup>258</sup>.

<sup>256</sup> RODRÍGUEZ ADRADOS, “Algunos aspectos de la «Lex commissoria»”, *R.C.D.I.*, año XLIV, 1968, núm. 464, pp. 49 y ss, p. 75.

<sup>257</sup> MAGARIÑOS “Eficacia y alcance de la cláusula resolutoria en garantía del precio aplazado en la compraventa de bienes inmuebles”, *R.C.D.I.*, año 68, núm. 608, 1992, pp. 63 a 142, p. 140.

<sup>258</sup> MAGARIÑOS, “Eficacia y alcance de la cláusula resolutoria en garantía del precio aplazado en la compraventa de bienes inmuebles”, p. 142.

### C. LA CONCESIÓN DE UN PLAZO AL DEUDOR EN EL DERECHO COMPARADO

[537] En todos los ordenamientos nacionales y sistemas de Derecho uniforme en los que expresamente se contempla un ejercicio extrajudicial de la resolución por incumplimiento aparece un elemento común: **la concesión de un plazo adicional al deudor para que cumpla**. Cuando se exige este requisito, la resolución del contrato sólo será posible cuando haya transcurrido dicho plazo sin que el deudor haya dado cumplimiento a su obligación.

[538] Este requisito de la concesión de un plazo al deudor —que suele conocerse con la denominación alemana **Nachfrist**—, a pesar de ser común a muchos ordenamientos, no opera en todos ellos de igual forma. En concreto, Schlechtriem pone de manifiesto que existen dos tipos de regulaciones que han sido adoptadas por los diferentes sistemas legales<sup>259</sup>. Un grupo de sistemas legales toma como punto de partida el carácter esencial del incumplimiento que en sí mismo es suficiente para justificar la resolución inmediata del contrato; a continuación, admiten que la resolución tenga lugar como consecuencia de incumplimientos que no son esenciales (el cumplimiento posterior es todavía posible y útil), pero en estos casos es necesario que previamente se conceda un plazo al deudor otorgándole una última oportunidad de cumplir y salvar el contrato. Otros sistemas legales toman el punto de partida contrario, establecen con carácter general la necesidad de que se conceda un plazo adicional al deudor antes de poder acudir al remedio resolutorio, dicho requisito queda dispensado cuando resulta evidente que la concesión de plazo carece de sentido porque el incumplimiento es esencial (por ej. el

<sup>259</sup> SCHLECHTRIEM, "Terminations of contracts under the Principles", en *Contratti commerciali internazionali e principi UNIDROIT*, 1997, pp. 249 a 269, p. 264.

deudor ha declarado que no puede cumplir, el cumplimiento es imposible). En cualquier caso, de entrada, resulta evidente que ambos sistemas llegan a los mismos resultados y que la concesión de plazo juega el mismo papel: permitir al deudor que cumpla cuando el cumplimiento posterior es posible y útil.

### **1. Sistemas que toman como punto de partida la resolución inmediata**

[539] Existe un grupo importante de legislaciones que prevén, con carácter general, una **resolución inmediata**, que tiene su fundamento en la existencia de un **incumplimiento esencial**. Aún así, admiten la posibilidad de acudir al remedio resolutorio en casos en los que el incumplimiento, inicialmente, no tenía el carácter de esencial. En estos casos, para que el acreedor pueda resolver el contrato por incumplimiento, previamente tiene que otorgar al deudor un plazo adicional para cumplir y el deudor dejar transcurrir dicho plazo sin dar cumplimiento a su obligación.

A este modelo responde la regulación de la resolución por incumplimiento contenida en el BGB anterior a la reforma de 2001 y la adoptada en los últimos años en los principales textos de Derecho uniforme.

#### ***a. La resolución por incumplimiento en el BGB anterior a la reforma de 2001***

[540] Recordemos que el BGB v. ant. no contiene una noción general de incumplimiento sino que dicho texto legal se limita a consagrar dos

formas de incumplimiento: *imposibilidad* (“Unmöglichkeit”) y *mora* (“Verzug”). La regulación de la resolución gira en torno a estas dos manifestaciones del incumplimiento.

[541] La **imposibilidad imputable al deudor** es considerada un supuesto grave de incumplimiento en el que, conforme a lo establecido en el § 325 BGB v. ant., el acreedor **puede declarar inmediatamente la resolución**. Los casos de “Absolute Fixgeschäfte” (negocios en los que el momento de cumplimiento es tan esencial que el cumplimiento posterior no se considera posible) son equiparados por la doctrina a la imposibilidad, de tal forma que transcurrido el momento previsto para cumplir, el acreedor también dispone de un derecho de resolución inmediata.

[542] En contraposición al caso de *imposibilidad*, en caso de **mora** del deudor, es decir, en caso de falta de cumplimiento que no es definitiva (todavía existe una posibilidad de cumplimiento y/o una posibilidad de reparar el incumplimiento)<sup>260</sup>, el BGB v. ant. no otorga al acreedor el derecho de resolución inmediata. Conforme a lo previsto en el § 326 (1) BGB v. ant., es necesario que previamente el deudor haya dispuesto de una última oportunidad de cumplir y evitar dicha resolución<sup>261</sup>. A tal efecto, se prevé la necesidad de que **el acreedor efectúe un requerimiento de cumplimiento al deudor en el que le otorga un**

<sup>260</sup> Incumplimiento que según la opinión general ha de serlo de una obligación principal según las circunstancias del contrato en cuestión, en el sentido de que sólo una lesión importante del contrato va a permitir el recurso a los remedios aquí previstos (EMMERICH, “§ 326 BGB”, núm. 28, en *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, II, *Schuldrecht*, A.T., (§§ 241-432), 3ª ed., 1994, pp. 1231 a 1265, que además señala que el mismo fundamento tiene la regulación contenida en los arts. 25, 49 y 64 de la CISG).

<sup>261</sup> Afirma EMMERICH que la regulación contenida en el BGB sólo es comprensible si se tiene en cuenta que en el BGB tiene preeminencia el cumplimiento del contrato sobre su desaparición (EMMERICH, “§ 326 BGB”, núm. 1 en *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch* II, *Schuldrecht* A.T., (§§ 241-432), 3ª ed., 1994, pp. 1231 a 1265).

**plazo para cumplir.** Dicho requerimiento debe cumplir determinados requisitos:

a.- El acreedor ha de comunicar al deudor moroso la **fijación de un plazo adicional** (*Nachfristsetzung*) para que **proceda al cumplimiento**. La **duración** de dicho plazo ha de ser **adecuada**, es decir, ha de ofrecer la oportunidad al deudor de cumplir antes de que éste expire<sup>262</sup>.

b.- Es necesario que conste, de forma clara y sin reservas, la voluntad del acreedor de no aceptar la prestación una vez transcurrido el plazo concedido; debe ponerse de manifiesto que el acreedor **abandona su pretensión de cumplimiento** definitiva e irrevocablemente **en el caso de que el deudor no cumpla en el plazo previsto** (*Ablehnungsandrohung*)<sup>263</sup>. A favor de este requisito se afirma que con él se consigue claridad y certeza desde el primer momento en interés de ambas partes y de la seguridad del tráfico<sup>264</sup>.

c.- No es necesario que en el momento de conceder el **plazo, el acreedor señale el remedio por el que optará** en el caso de que el deudor no cumpla durante dicho plazo. Puede dejar pendiente su decisión de optar entre la resolución o la indemnización de daños y perjuicios para después del transcurso

<sup>262</sup> La valoración del carácter "adecuado" o "razonable" del plazo concedido al deudor se suele situar en el ámbito de los hechos, y en caso de litigio, el juez valorará en primer lugar si ha existido un acuerdo de las partes sobre la duración de dicho plazo, o si el propio deudor ha sugerido un determinado plazo, en ambos casos, se considera que el plazo es suficiente, aunque el deudor se haya mostrado conforme con un plazo adicional que es más corto de lo que sería razonable. Por otro lado, el acreedor es libre de fijar un plazo adicional más amplio de lo que sería razonable (EMMERICH, "§ 326 BGB", núm. 70). A falta de acuerdo entre las partes acerca de la duración del plazo el juez valorará la razonabilidad de la duración del plazo sobre la base de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, atendiendo a parámetros objetivo, en especial la naturaleza del negocio jurídico y el interés del acreedor en una prestación puntual del deudor (EMMERICH, § "325 BGB", en *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, II, *Schuldrecht A.T.*, (§§ 241-432), 3ª ed., 1994, núm. 71 ).

<sup>263</sup> Así la jurisprudencia ha declarado que no es suficiente por ejemplo, con que el acreedor se reserve la facultad de rehusar la prestación; o el mero exhorto al deudor para que aclare su disposición para cumplir o su capacidad.

del plazo<sup>265</sup>, aunque nada impide al acreedor acompañar la concesión del plazo y la amenaza de desistir con la elección de uno de estos remedios. En este caso, transcurrido el plazo de forma infructuosa, la relación contractual se transformará en una relación de disolución con un contenido ya fijado, que puede ser o bien la resolución o bien la indemnización dependiendo del remedio por el que optó<sup>266</sup>.

Transcurrido el plazo de forma infructuosa, el acreedor pierde su pretensión al cumplimiento y puede proceder a declarar la resolución del contrato (§ 326.1 BGB v. ant.<sup>267</sup>) o si lo prefiere, puede optar por la indemnización de daños por incumplimiento<sup>268</sup>. En tanto no opte por uno de estos remedios, se produce una situación de incertidumbre (*Schwebezustand*)<sup>269</sup>.

<sup>264</sup> En la nueva redacción del BGB desaparece este requisito.

<sup>265</sup> El BGB no establece un plazo determinado en el cual el acreedor debe optar, pero el deudor puede señalar al acreedor un plazo adecuado para que ejercite su derecho de resolución (§§ 327 y 355 BGB), transcurrido el plazo, el acreedor pierde su derecho de resolución y únicamente le queda la posibilidad de reclamar daños y perjuicios por incumplimiento.

<sup>266</sup> En este punto señala EMMERICH que existe una discusión acerca de si el acreedor se encuentra ya vinculado por la elección de remedio que hace al conceder el plazo. Afirma este autor que si el remedio elegido es la indemnización de daños, la respuesta ha de ser negativa, mientras que respecto a la elección de la resolución la cuestión es más debatida. Finalmente defiende que no existe ninguna razón material que obligue al acreedor a quedar vinculado por la elección de la resolución durante el transcurso del plazo, los intereses del deudor no se oponen a ello (EMMERICH, “§ 326 BGB”, núm. 92).

<sup>267</sup> § 326 BGB v. ant.: (1). “Ist bei einem gegenseitigen Verträge der eine Teil mit der ihm obliegenden Leistung im Verzuge, so kann ihm der andere Teil zur Bewirkung der Leistung eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmen, daß er die Annahme der Leistung nach dem Ablaufe der Frist ablehne. Nach dem Ablaufe der Frist ist er berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Verträge zurückzutreten, wenn nicht die Leistung rechtzeitig erfolgt ist; der Anspruch auf Erfüllung ist ausgeschlossen. Wird die Leistung bis zum Ablaufe der Frist teilweise nicht bewirkt, so findet die Vorschrift des § 325 Abs. 1 Satz 2 entsprechende Anwendung”.

<sup>268</sup> Los redactores del BGB, después de numerosas discusiones optaron por este modelo en el que los remedios resolutorio e indemnizatorio son alternativos, se recalcó que la solución se debía al temor de que una combinación de ambos remedios propiciaba un excesivo favorecimiento del acreedor (EMMERICH, “§ 325 BGB”, núm. 2). Solución que ha sido reiteradamente criticada por la doctrina, e incluso, de *lege lata* se propone en determinados casos, que el acreedor puede disponer, junto al derecho de resolución, de una indemnización por el interés negativo, y con ello, que a pesar de la resolución, pueda obtener indemnización por los gastos que ha hecho en el contrato. (EMMERICH, “§ 325 BGB”, núm. 52).

Dada la insatisfacción que producía la regulación del BGB, en cuanto al carácter alternativo de los remedios resolutorio e indemnizatorio, en la reforma operada en 2001 se prevé que ambos remedios puedan concurrir.

<sup>269</sup> Señala EMMERICH que no hay ningún obstáculo a que durante esta situación de incertidumbre las partes se pongan de acuerdo y opten por continuar el contrato: Así sucede cuando el acreedor desea de

[543] Para completar el régimen de la resolución en el BGB anterior a la reforma, es necesario hacer referencia a determinados casos en los que, a pesar de existir mora (el cumplimiento posterior es posible), el acreedor puede declarar la resolución del contrato sin necesidad de conceder previamente un plazo al deudor para que cumpla.

El propio § 326 (2) BGB v. ant.<sup>270</sup> así lo establece para aquellos supuestos en los **el acreedor no tenga ya interés alguno en el cumplimiento del contrato, como consecuencia de la mora del deudor**<sup>271</sup>.

La regulación prevista en este párrafo segundo del § 326 BGB únicamente supone la liberación del acreedor en cuanto a la necesidad de conceder un plazo al deudor para que cumpla, pero no le libera del deber de comunicar al deudor la amenaza de rechazar el cumplimiento (*Ablehnungsandrohung*)<sup>272</sup>. No es necesario que dicha declaración vaya acompañada de la opción por parte del acreedor entre los remedios de los que dispone (resolución e indemnización de daños) aunque puede hacerlo.

---

nuevo el cumplimiento y el deudor lo acepta o cuando el deudor continúa realizando la prestación y el acreedor la acepta. (EMMERICH, “§ 326 BGB”, núm. 122 y 123, dónde señala que si el contrato está sometido a determinados requisitos formales, éstos deben también ser observados en esta novación).

<sup>270</sup> § 326 BGB: (2). Hat die Erfüllung des Vertrags infolge des Verzugs für den anderen Teil kein Interesse, so stehen ihm die im Absatz 1 bezeichneten Rechte zu, ohne daß es der Bestimmung einer Frist bedarf.”

<sup>271</sup> Para determinar cuándo nos encontramos ante este supuesto, la ley sólo tiene en cuenta el interés del acreedor en que continúe el intercambio de prestaciones. Basta con probar que el acreedor justamente, como consecuencia de la mora, vista de forma objetiva, no tiene interés en conseguir la prestación del deudor a cambio de su contraprestación (EMMERICH, “§ 326 BGB”, núm. 106). Si bien en la práctica se suelen exigir importantes requisitos para considerar que existe pérdida de interés, para evitar el peligro que supone eludir de forma cómoda los presupuestos establecidos en el § 326.1 BGB y saltar al segundo párrafo del precepto (ejemplos en EMMERICH, “§ 326 BGB”, núm. 108).

<sup>272</sup> EMMERICH “§ 326 BGB”, núm. 118. De hecho si no comunica al deudor que rechaza el cumplimiento y opta por la liquidación del contrato, el deudor está legitimado para cumplir, y el acreedor puede incurrir en *mora credendi* si rechaza la prestación. Por otro lado, el acreedor puede optar por renunciar a hacer valer los derechos del § 326.2 y recurrir a la vía del § 326.1 BGB.

[544] Una solución semejante a la contenida en el § 326.2 BGB v. ant. reciben los denominados “relative Fixgeschäfte” (negocios jurídicos en los que a pesar de que el término es esencial, el cumplimiento posterior es todavía posible). Conforme a lo previsto en el § 361 BGB v. ant., si el cumplimiento no ha tenido lugar en el momento previsto, el acreedor puede proceder inmediatamente a declarar la resolución (sin necesidad de otorgar al deudor una última oportunidad para cumplir).

**b. Influencia de la Nachfrist alemana en el Derecho uniforme**

[545] El hecho de que el acreedor disponga de forma inmediata del derecho de resolución cuando el incumplimiento reúne determinadas características (existe imposibilidad, o a pesar de ser posible el cumplimiento, éste carece de interés en un cumplimiento posterior) y de que, en los demás casos, sólo pueda acudir al remedio resolutorio cuando previamente haya otorgado un plazo al deudor con una última oportunidad de cumplir ha sido valorado muy positivamente; se considera que una regulación de este tipo tiene en cuenta y protege los intereses de ambas partes.

Prueba de ello es que en Derecho uniforme, de forma general, se ha incorporado la figura de la *Nachfrist* a la regulación sobre la resolución por incumplimiento<sup>273</sup>. Sin embargo, existe una diferencia muy importante, mientras que en el BGB v. ant. se parte de la distinción entre *imposibilidad* y *mora* para regular las consecuencias del incumplimiento, en Derecho uniforme se toma como punto de partida un **concepto amplio de incumplimiento** que engloba cualquier falta de

---

<sup>273</sup> Respecto de la CISG, reconoce su influencia por todos, HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3ªed, 1999, § 290. En el comentario a los Principios de UNIDROIT también se admite la influencia del concepto alemán de *Nachfrist* (UNIDROIT, *Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, 1995, p. 176).



ejecución por el deudor de cualquiera de sus obligaciones (en cualquiera de sus formas, cumplimiento defectuoso, tardío, incumplimiento total...), con independencia de si dicho incumplimiento es excusable o no. El requisito de la concesión del plazo al deudor antes de poder declarar la resolución se establece para los casos en los que existiendo incumplimiento, éste no tiene carácter *esencial*.

i. La resolución por incumplimiento en la Convención de Viena de compraventa internacional de mercaderías

[546] La *CISG* declara que en caso de **incumplimiento esencial**, la parte perjudicada por el incumplimiento dispone de un **derecho de resolución inmediata**<sup>274</sup>. Para que la resolución opere sólo es necesario que el acreedor comunique al deudor su intención de resolver el contrato<sup>275</sup>.

El artículo 25 *CISG* establece que el incumplimiento tiene carácter esencial: "cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación"<sup>276</sup>.

De acuerdo con esta definición se puede afirmar que el incumplimiento para ser esencial ha de reunir dos condiciones<sup>277</sup>:

1. que con el incumplimiento se produzca un *perjuicio tal que prive sustancialmente a la otra parte de lo que tenía derecho a esperar*

<sup>274</sup> Art. 49.1 *CISG*: "El comprador podrá declarar resuelto el contrato: a) si el incumplimiento por el vendedor de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato"

Art. 64.1 *CISG*: "El vendedor podrá declarar resuelto el contrato: a) si el incumplimiento por el comprador de cualquiera de las obligaciones que le incumban conforme al contrato o a la presente Convención constituye un incumplimiento esencial del contrato."

<sup>275</sup> En el sentido de que no es necesario que se realice al deudor una previa notificación de la intención de resolver el contrato, sino que basta con una única notificación, la que contiene la declaración de resolución (*United Nations Conference on contracts for the International Sale of Goods. Vienna, 10 March-11 April 1980. Official Records. Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees United Nations*, Nueva York, 1981, p. 27).

<sup>276</sup> Sobre la redacción del precepto, HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3ª ed., 1999, § 183.

<sup>277</sup> BABIAK, A., "Defining «fundamental breach» under the United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods", *Temple Int'l & Comp. L.J.*, vol. 6, 1992, pp. 113 a 143, p. 118.

*en virtud del contrato* (el interés protegido no es el interés subjetivo del perjudicado por el incumplimiento, sino el interés que se deriva de los concretos términos del contrato, es decir, de los fines perseguidos por ambas partes, tal y como concibieron el contrato al concluirlo)<sup>278</sup>. Lo relevante para determinar el carácter sustancial del perjuicio no es tanto la naturaleza de la obligación incumplida (principal o accesoria) cuanto las consecuencias de este incumplimiento para el acreedor<sup>279</sup>.

2. **que el contratante incumplidor hubiera previsto tal resultado.** Para poder hablar de incumplimiento esencial en el ámbito del artículo 25 *CISG*, no basta con que se produzca un perjuicio sustancial, sino que, además, es necesario que el contratante incumplidor hubiera previsto dicho resultado, o que una persona razonable de la misma condición y en la misma situación lo hubiera previsto<sup>280</sup>.

<sup>278</sup> NEUMAYER/MING, *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. Commentaire*, Lausana, 1993, en el comentario al art. 25 insisten en que en la apreciación de qué es aquello que el perjudicado por el incumplimiento tenía derecho a esperar en virtud del contrato, hemos de colocarnos en el momento de conclusión del contrato; no ha de tenerse en cuenta la modificación sufrida por una de las partes en lo referente a sus intereses en el contrato que únicamente se trata de expectativas unilaterales.

En nuestro país, se expresa en términos análogos, CABANILLAS, A., ("Artículo 25", en *La Compraventa Internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1997, pp. 211 a 222, pp. 214 a 216), si bien centra su atención en la objetivación que supone la atención al efecto que provoca el incumplimiento.

<sup>279</sup> HUBER, U., "Art. 45", núm. 17 en Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of goods (CISG)*, 2ª ed. traducida al inglés, 1998, pp. 355 a 374; HEUZÉ, *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, 1992, núm. 414; NEUMAYER, M./MING, C., "Art. 25", en *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Lausana, 1993).

La resolución por incumplimiento esencial del vendedor (art. 49.1.a *CISG*) normalmente consistirá en el incumplimiento de obligaciones consideradas esenciales del contrato de compraventa, como puede ser la obligación de entrega (cuando la entrega en la fecha prevista resulta determinante para el interés del comprador en la ejecución del contrato y el vendedor lo sabía o debía saberlo), la entrega de mercaderías conformes (cuando al falta de conformidad definida en el art. 35 *CISG* constituya un incumplimiento esencial, y el comprador haya cumplido con el deber que tiene de examinar las mercaderías y denunciar su falta de conformidad que le imponen los arts. 38 y 39 *CISG*), la transmisión de la propiedad sin cargas<sup>279</sup>, o la entrega de los documentos conformes al contrato, pero nada impide que el incumplimiento de obligaciones consideradas secundarias, constituya un incumplimiento esencial atendidas las circunstancias concretas y lo pactado por las partes.

<sup>280</sup> Al discutir la redacción de este precepto, no se llegó a un acuerdo en cuanto al momento en el cual la parte incumplidora tenía que prever tal resultado, por lo que no se hizo mención en la redacción final del artículo (vid. HONNOLD, *Uniform Law for International Sales. Under the 1980 United Nations Convention*, 3ª ed., 1999, § 183 y BABIAK, "Defining «fundamental breach» under the United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods", *Temple Int'l & Comp. L.J.*, vol. 6, 1992, pp. 113 a 143, que para evitar incertidumbres propone que las partes prevean expresamente en el contrato el momento al que se ha de atender para valorar la previsibilidad del perjuicio, (p. 123).

Dos son los momentos temporales que podían ser tenidos en cuenta: el momento de la conclusión del contrato, y el momento en que tiene lugar el incumplimiento, existen opiniones encontradas sobre cuál ha de ser el elegido, si bien atendiendo a los intereses de ambas partes y a la distribución de los riesgos del incumplimiento que se realiza en el momento de celebrar el contrato, éste debe ser el momento relevante para determinar la previsibilidad del perjuicio (a favor de la elección de este momento SCHLECHTRIEM, P., *Uniform Sales Law. The United Nations Convention*

[547] Junto a la resolución por incumplimiento esencial, la *CISG* admite otros dos supuestos de resolución que no exigen que el incumplimiento revista tal carácter: la resolución del contrato por incumplimiento del vendedor de su obligación de entrega de las mercaderías y la resolución por incumplimiento del comprador de su obligación de pago del precio.

[548] **Resolución por incumplimiento del vendedor de su obligación de entrega de las mercaderías en el plazo adicional otorgado por el comprador**<sup>281</sup>. Cuando el incumplimiento del vendedor de su *obligación de entrega de las mercaderías* no tenga carácter “esencial”<sup>282</sup>, el comprador puede otorgar un *plazo adicional* al vendedor para que cumpla (art. 47.1 *CISG*)<sup>283</sup> y si dicho plazo transcurre sin que este último haya procedido al cumplimiento, entonces podrá el comprador declarar la resolución del contrato (art. 49.1.b *CISG*)<sup>284</sup>. Transcurrido el plazo adicional, el comprador puede declarar la resolución, pero también puede

---

on *Contracts for the International Sale of Goods*, Viena, 1986, p. 60; a favor del otro momento HONNOLD, *Uniform Law for International Sales. Under the 1980 United Nations Convention*, 3ªed., 1999, § 183 y NEUMAYER/MING, “Art. 25”, en *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, Lausana, 1993).

<sup>281</sup> En los trabajos preparatorios de la *CISG* se contempló la posibilidad de extender este supuesto de resolución no sólo a los casos de falta de entrega de las mercaderías sino también a casos de entrega de mercaderías no conformes, finalmente se abandonó esta propuesta ante el miedo del abuso de esta posibilidad por parte del comprador (HONNOLD, *Uniform Law for International Sales. Under the 1980 United Nations Convention*, 3ªed., § 288).

<sup>282</sup> En los comentarios del Secretariado se pone de manifiesto que la *CISG* rechaza específicamente la idea de que en un contrato comercial internacional de compraventa de mercaderías, el comprador pueda, como regla general, resolver el contrato porque la fecha de entrega haya transcurrido y el vendedor no haya entregado todavía las mercaderías. En esta circunstancia el comprador puede acudir a este remedio sólo cuando esta falta de entrega en la fecha prevista provoca un detrimento sustancial y el vendedor sabía o tenía razones para saber que este detrimento se iba a producir como consecuencia del incumplimiento. (*United Nations Conference on contracts for the International Sale of Goods. Vienna, 10 March-11 April 1980. Official Records. Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees United Nations*, Nueva York, 1981, p. 39).

<sup>283</sup> Art. 47.1: “El comprador podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por el vendedor de las obligaciones que le incumban.”

<sup>284</sup> Art. 49.1: “El comprador podrá declarar resuelto el contrato: b) en caso de falta de entrega, si el vendedor no entrega las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por el comprador conforme al párrafo 1) del artículo 47 o si declara que no efectuará la entrega dentro de dicho plazo”

acudir a cualquiera de los remedios que le ofrece la *CISG*, incluida la pretensión de cumplimiento<sup>285</sup>.

Se ha dicho que la resolución tras la concesión de un plazo de cumplimiento al vendedor presenta ventajas para ambas partes. Para el comprador porque le permite obtener la resolución con independencia de que el incumplimiento sea o no esencial (puede ser muy útil en aquellos casos en los que duda si la falta de entrega de las mercaderías tiene carácter esencial)<sup>286</sup>. Para el vendedor porque con la concesión del plazo adicional, tiene la ventaja de contar con este plazo para cumplir, sabe que mientras dure dicho plazo, el comprador no puede valerse de ningún otro remedio y por tanto no puede declarar la resolución (a no ser que durante la vigencia del plazo reciba una comunicación del vendedor declarando que no cumplirá la obligación).

**[549] Resolución por incumplimiento del comprador de su obligación de pagar las mercaderías o de recibirlas en el plazo adicional otorgado por el vendedor.** Si el comprador no cumple su obligación de *pago del precio* o de *recibir las mercaderías*, el vendedor puede concederle un plazo adicional para que cumpla (art. 63.1 *CISG*)<sup>287</sup>, transcurrido el cual, podrá declarar la resolución si el incumplimiento persiste (art. 64.1.b *CISG*)<sup>288</sup>.

<sup>285</sup> Aquí se muestra una diferencia importante con la regulación contenida en el BGB, donde una vez que el plazo otorgado ha transcurrido de forma infructuosa, el contrato se encuentra en una situación de liquidación y el acreedor únicamente puede optar entre la indemnización de daños y la resolución.

<sup>286</sup> HUBER, U., "Artículo 47", núm. 1, en Schlectriem, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of goods (CISG)*, 2ª ed., traducida al inglés, 1998, pp. 394 a 400; LÓPEZ Y LÓPEZ, Á., "Artículo 47", en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1998, pp. 423 a 426, p. 424.

<sup>287</sup> Art. 63.1: "El vendedor podrá fijar un plazo suplementario de duración razonable para el cumplimiento por el comprador de las obligaciones que le incumban."

<sup>288</sup> Art. 64.1: "El vendedor podrá declarar resuelto el contrato: "si el comprador no cumple su obligación de pagar el precio o no recibe las mercaderías dentro del plazo suplementario fijado por le

[550] Dado que el mecanismo previsto en los artículos 49.1.b y 64.1.b *CISG* permite que un retraso que no justifica la resolución por incumplimiento esencial se convierta en fundamento para declarar la resolución, los artículos 47.1 y 63.1 *CISG* exigen que el plazo adicional que se fije tenga una **duración razonable**. El carácter “razonable” de la duración del plazo se determina teniendo en cuenta varios factores: la duración del plazo contractual de cumplimiento; el interés del acreedor en un cumplimiento rápido, cuando la otra parte debería de haber tenido en cuenta ese interés en el momento de la conclusión del contrato (este factor será esencial en los casos críticos); la naturaleza de la obligación incumplida (por ejemplo, es más razonable el establecimiento de un plazo más largo si lo que se ha de entregar es un aparato complicado y maquinaria manufacturada por el propio deudor que para la entrega por un mayorista de mercaderías fungibles); y la naturaleza del impedimento del cumplimiento<sup>289</sup>.

En el caso de que el plazo adicional fijado por el acreedor resulte *excesivamente corto* y por tanto no sea razonable según las circunstancias; el transcurso de dicho plazo no supone sin más el nacimiento del derecho a resolver. Si se declara la resolución inmediatamente después de la expiración del plazo adicional excesivamente corto, sólo será eficaz la declaración si el incumplimiento contractual constituía, de todas formas, un incumplimiento esencial; de no ser así la declaración de resolución precipitada constituye un incumplimiento por parte del propio declarante.

La situación es diferente si a pesar del transcurso infructuoso del plazo excesivamente corto, el acreedor no procede inmediatamente a declarar la resolución sino que espera un tiempo antes de hacerlo que junto con el inicialmente otorgado constituya un plazo de duración razonable; en este caso, dispone del derecho de resolución.

Por el contrario, en el supuesto de que el acreedor haya otorgado un plazo *excesivamente largo*, está obligado a esperar a que transcurra dicho plazo antes de disponer del remedio resolutorio. Además, nada impide al acreedor la fijación de varios plazos suplementarios, uno detrás de otro, de tal

---

vendedor conforme al párrafo 1) del artículo 63, o si declara que no lo hará dentro del plazo así fijado.”

<sup>289</sup> HUBER, U., “Art. 47”, núm. 9, en Schlechtriem, pp. 394 a 400, y WILL, “Artículo 47”, en Bianca-Bonell, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milán, 1987, pp. 342 a 346, p. 345.

forma que el derecho de resolución que surge a la expiración del primer plazo queda en suspenso durante la vigencia del siguiente<sup>290</sup>.

El plazo adicional puede fijarse bien mostrando una fecha exacta del calendario o *dies a quo* (v.gr. el 25 de marzo) o bien especificando un periodo de tiempo o *dies ad quem* (v.gr. un mes a partir de hoy); sin embargo, no se cumple el requisito de la fijación del plazo adicional si simplemente se insta al deudor a que cumpla “tan pronto como sea posible” o “rápidamente”.

[551] La fijación del plazo adicional al deudor debe ir acompañada de la **invitación al cumplimiento**. Como señala Huber, es suficiente con que, por ejemplo, se diga: “tiene hasta el 31 de octubre para entregar las mercaderías” o “exigimos la entrega antes del 31 de octubre”, no siendo necesario que expresamente se mencione las palabras “plazo suplementario”<sup>291</sup>. Sin embargo, a diferencia de lo que se exigía en el Derecho alemán, no es necesario que la concesión de plazo vaya acompañada de una amenaza de acudir a los remedios disponibles para el caso de incumplimiento, ni de que se rechazará el cumplimiento posterior.

<sup>290</sup> WILL, “Art.47”, en Bianca-Bonell, pp. 342 a 346, pp. 343 y 344. LÓPEZ Y LÓPEZ, “Art. 47”, en *La compraventa internacional de mercaderías*, pp. 423 a 426, pp. 424 y 425.

Cosa distinta a la fijación sucesiva de plazos es la fijación de un nuevo plazo suplementario después de haber declarado la resolución. Como señala HUBER esto constituye una oferta para celebrar de nuevo el contrato, con un plazo fijo para la aceptación (que resulta obligatorio para el acreedor en virtud del art. 16.2.a). El deudor es libre de aceptar o rechazar la oferta, existe aceptación tácita si envía las mercaderías dentro del plazo adicional fijado. (HUBER, U., “Artículo 49”, núm. 24, en Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of goods (CISG)*, 2ªed., 1998, pp. 414 a 436). Si una vez que el acreedor ha declarado la resolución, el deudor ofrece el cumplimiento, éste debe ser considerado como una oferta implícita de concluir un nuevo contrato. La cuestión de cuándo la conducta del acreedor constituye una aceptación está regulada por el art. 18 (HUBER, “Art. 49”, núm. 40).

<sup>291</sup> HUBER, “Art. 47”, núm. 7, pp. 394 a 400.

WILL recalca que para que la fijación del plazo adicional pueda ser una base válida para un remedio tan importante como la resolución, es necesario que la notificación advierta al deudor que se ha fijado una fecha topo o límite. Por tanto invitaciones a cumplir como “espero recibir los bienes pronto” no son suficientes. El aviso debe ser tan claro que un deudor razonable no necesite ninguna interpretación o explicación que ponga de manifiesto que la fecha indicada constituye su última

Por esta razón, en caso de resolución por transcurso del plazo adicional, normalmente el acreedor emitirá dos notificaciones a la otra parte<sup>292</sup> (una concediendo un plazo y la otra declarando la resolución). Si bien, es perfectamente posible que el acreedor combine la concesión de del plazo adicional al deudor, con la declaración de resolución, esto es, que declare que si el deudor no cumple dentro del plazo, el contrato quedará automáticamente resuelto a la expiración del plazo<sup>293</sup>.

[552] Durante la vigencia del plazo adicional, el acreedor que lo ha otorgado, no puede acudir a ningún otro remedio por incumplimiento (arts. 47.2 y 63.2 *CISG*). Se pretende proteger al deudor que puede estar preparando el cumplimiento<sup>294</sup>, por eso, esta prohibición desaparece cuando el acreedor ha recibido una declaración del deudor anunciando que no procederá al cumplimiento<sup>295</sup>. Si durante la vigencia del plazo adicional, el deudor declara que quiere cumplir en una fecha posterior a

---

oportunidad para cumplir (WILL, "Art. 47", pp. 342 a 346, p. 345 y HONNOLD, *Uniform Law for International Sales*, 3ª ed., § 289).

<sup>292</sup> United Nations Conference on contracts for the International Sale of Goods. Vienna, 10 March-11 April 1980. Official Records. Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees United Nations, Nueva York, 1981, p. 27.

<sup>293</sup> HUBER, "Art. 49", núm. 24 y núm. 28, pp. 414 a 436.

<sup>294</sup> United Nations Conference on contracts for the International Sale of Goods. Vienna, 10 March-11 April 1980. Official Records. Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees United Nations, Nueva York, 1981, pp. 39 y 40 aunque referido exclusivamente al art. 47.2 es directamente aplicable al art. 63.2.

<sup>295</sup> Art. 47.2: "El comprador, a menos que haya recibido la comunicación del vendedor de que no cumplirá lo que le incumbe en el plazo fijado conforme al párrafo precedente, no podrá, durante ese plazo, ejercitar acción alguna por incumplimiento del contrato. Sin embargo, el comprador no perderá por ello el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios por demora en el cumplimiento."

Art. 63.2: "El vendedor, a menos que haya recibido la comunicación del comprador de que no cumplirá lo que le incumbe en el plazo fijado conforme al párrafo precedente, no podrá, durante ese plazo, ejercitar acción alguna por incumplimiento del contrato. Sin embargo, el vendedor no perderá por ello el derecho a exigir la indemnización de los daños y perjuicios por demora en el cumplimiento."

Como señala Díez-Picazo, el efecto suspensivo respecto a los remedios derivados del incumplimiento se levanta en el momento en que el acreedor recibe la comunicación del deudor que consiste en una declaración de no querer cumplir, pero también puede tratarse de una comunicación en la el requerido de cumplimiento ponga de manifiesto los obstáculos o impedimentos de cumplimiento, tanto si son reales como si se trata de meros pretextos, así como si le son imputables o constituyen caso fortuito (DÍEZ-PICAZO, L., "Art. 63", en *La compraventa internacional de mercaderías*.

la expiración del plazo, en ese caso, si el acreedor no está de acuerdo, debe de ponerlo inmediatamente en conocimiento del deudor, de no ser así, el plazo se prolongará conforme a los artículos 48.2 y 3 *CISG* hasta la expiración del plazo fijado por el deudor<sup>296</sup>.

ii. La terminación del contrato por incumplimiento en los Principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales y en los Principios de Derecho europeo de los contractos

[553] En líneas generales los Principios de UNIDROIT y los *PECL* responde al esquema apuntado, si bien la regulación contenida en dichos principios tiene carácter general (no sólo aplicable al contrato de compraventa).

[554] Como punto de partida, tanto el artículo 7.3.1 (1) *UNIDROIT Principles* como el artículo 9:301 (1) *PECL* declaran que una parte **podrá dar por terminado el contrato** si el incumplimiento de la otra parte constituye un **incumplimiento esencial**". Podemos por tanto afirmar, que en los casos de incumplimiento esencial, existe un **derecho de resolución inmediata**.

Los artículos 7.3.1 (2) *UNIDROIT Principles* y 8:103 *PECL* nos ofrece las pautas a seguir para determinar si un incumplimiento es *esencial*. En su determinación se ha de llevar a cabo una ponderación de las circunstancias que concurren, en concreto, si el incumplimiento priva sustancialmente al acreedor de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, a menos que la otra no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado; si el cumplimiento estricto de la obligación insatisfecha era esencial dentro del contrato; si el incumplimiento fue intencional o temerario y si da razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra<sup>297</sup>.

---

*Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1998, pp. 499 a 502, p. 501).

<sup>296</sup> HUBER, "Art. 49", núm. 39, pp. 414 a 436.

<sup>297</sup> En los comentarios de UNIDROIT, además se contempla la necesidad de tener en cuenta si la terminación del contrato causa graves perjuicios al deudor (*UNIDROIT, Principios sobre los contratos comerciales*, p. 197).



[555] Junto a los supuestos de resolución inmediata por incumplimiento esencial, ambos Principios contemplan otro caso de **resolución** que no exige la existencia de un incumplimiento esencial, únicamente, que **previamente se haya concedido un plazo al deudor para cumplir y este no haya realizado su prestación.**

Así, el artículo 7.3.1 (3) *UNIDROIT Principles* declara: “En caso de demora, la parte perjudicada podrá dar por terminado el contrato si la otra parte no cumple antes de la expiración del plazo adicional previsto en el artículo 7.1.5”<sup>298</sup>. Este derecho a dar por terminado el contrato no surgirá “cuando la prestación incumplida sea tan sólo una mínima parte de la obligación contractual asumida por la parte incumplidora” (art. 7.1.5 (4) *UNIDROIT Principles*).

Y, en los PECL, el inciso (2) del artículo 9:301 *PECL* establece que, en caso de retraso, el acreedor puede resolver el contrato en virtud del artículo 8:106 (3) *PECL*<sup>299</sup>. Conforme al artículo 8:106 (3) *PECL*, en los casos en los que el retraso en el cumplimiento no constituya un incumplimiento esencial, si el acreedor comunica la concesión de un **plazo adicional**, podrá declarar la resolución del contrato si el plazo otorgado transcurre de forma infructuosa<sup>300</sup>.

Ambos preceptos se refieren a los casos en los que el retraso no constituye un incumplimiento esencial, pero nada impide a la parte perjudicada por el incumplimiento esencial otorgar un plazo adicional al

<sup>298</sup> Este precepto se refiere a los casos en los que el retraso no constituye incumplimiento esencial, pero nada impide a la parte perjudicada por un incumplimiento esencial, otorgar un plazo adicional al incumplidor, en ese caso, si el contrato no se cumple en ese plazo adicional, renace el derecho a dar por terminado el contrato al vencimiento del plazo otorgado (*UNIDROIT, Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales*, p. 177).

<sup>299</sup> Según DÍEZ-PICAZO/ROCA/MORALES esta causa de resolución se refiere únicamente a los supuestos de retraso en el cumplimiento (falta de cumplimiento) no a los casos de cumplimiento defectuoso (que para ser causa de resolución requieren que el incumplimiento sea esencial (*Los Principios del Derecho europeo de contratos*, p. 359).

incumplidor antes de declarar la resolución (así sucederá cuando dude del carácter esencial de dicho incumplimiento)<sup>301</sup>.

[556] Para que la concesión del plazo sea útil a los efectos de la resolución es necesario que dicho plazo tenga una **duración determinada y razonable** (art. 7.1.5 (3) *UNIDROIT Principles* y art. 8:106 (3) *PECL*)<sup>302</sup>.

Si el plazo adicional otorgado por el acreedor, es excesivamente corto, el acreedor podrá declarar la resolución una vez transcurrido un plazo razonable a contar desde el momento de la comunicación (sin necesidad de una segunda comunicación con la prolongación del plazo).

[557] Durante la pendencia del plazo, el acreedor no puede valerse de ningún remedio incompatible con la concesión de plazo, a no ser que el deudor le comunique que no procederá al cumplimiento (art. 8:106 (2) *PECL*).

[558] Transcurrido el plazo adicional, si el acreedor quiere que tenga lugar la resolución del contrato (puede ser que prefiera optar por otro remedio), bastará con que se lo notifique al deudor. Sin embargo, es posible que el acreedor, en la propia comunicación del otorgamiento del plazo, declare que la resolución tendrá lugar automáticamente una vez

<sup>300</sup> DÍEZ-PICAZO/ROCA/MORALES afirman que esta causa de resolución está inspirada en el § 326 BGB v. ant. (*Los Principios del Derecho europeo de contratos*, p. 359).

<sup>301</sup> El derecho a dar por terminado el contrato renacerá al vencimiento del plazo otorgado.

<sup>302</sup> No se cumple el requisito de la concesión de un plazo determinado si da la impresión de que el deudor es libre para posponer indefinidamente el cumplimiento; no basta con solicitar el cumplimiento "tan pronto como sea posible", sino que se ha de determinar, por ejemplo, "en una semana" o "no más tarde del 1 de julio" (*Principles of European Contract Law. Parts I and II*, p. 375).

Por lo que respecta a la determinación de cuándo un plazo de tiempo es razonable, se han de tener en cuenta varios factores como pueden ser: el plazo originariamente establecido para el cumplimiento; la necesidad del acreedor de un cumplimiento rápido, siempre que resulte manifiesto al deudor; la naturaleza de los bienes, servicios o derechos (un cumplimiento complicado puede necesitar de un plazo de tiempo más amplio que uno sencillo); el acontecimiento que causa el retraso (*Principles of European Contract Law. Parts I and II*, pp. 375 y 376).

transcurra dicho plazo (en ese caso no será necesaria ninguna notificación posterior de la resolución)<sup>303</sup>.

[559] Resulta muy curiosa la previsión del art. 7.1.4 *UNIDROIT Principles* dedicado a la subsanación del incumplimiento. Dicho precepto establece en su inciso (2) que “la comunicación de la terminación del contrato no impide el derecho a subsanar el incumplimiento”. Conforme a lo previsto en este precepto, a pesar de que la parte perjudicada haya comunicado su decisión de dar por terminado el contrato conforme al art. 7.3.1 (1) *UNIDROIT Principles* (resolución por incumplimiento esencial) y al art. 7.3.2 (1) *UNIDROIT Principles* (ejercicio del derecho a dar por terminado el contrato mediante una comunicación a la otra parte), quedarán en suspenso los efectos de dicha terminación si el incumplidor realiza una comunicación efectiva de subsanación (conforme al art. 7.1.4 (1) *UNIDROIT Principles*<sup>304</sup>). Si el incumplidor subsana la falta de cumplimiento, quedará sin efecto la comunicación de terminación; por el contrario, si no subsana el incumplimiento esencial, se despliegan los efectos de la resolución<sup>305</sup>.

## 2. Sistemas que toman como punto de partida la concesión de un plazo al deudor antes de declarar la resolución

[560] El segundo grupo de legislaciones se caracteriza porque el punto de partida es el contrario: sólo el transcurso infructuoso de un plazo adicional otorgado al deudor para que cumpla abre el camino a la resolución del contrato. Este requisito general de la concesión de un plazo adicional al deudor queda dispensado en determinados casos.

<sup>303</sup> Artículo 7.1.5 (3) *in fine UNIDROIT Principles*.

<sup>304</sup> Art. 7.1.4 (1) *PECL*: “La parte incumplidora podrá, a su cargo, subsanar cualquier incumplimiento, siempre y cuando:

- (a) comunique sin demora injustificada su intención de subsanar su incumplimiento, indicando la forma en que intenta subsanarlo y el plazo para la subsanación;
- (b) la subsanación sea apropiada a las circunstancias;
- (c) la parte perjudicada carezca de interés legítimo para rechazarla; y
- (d) dicha subsanación se lleve a cabo sin demora.

<sup>305</sup> *UNIDROIT, Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, p. 174.

A este esquema respondía la propuesta de reforma del derecho de obligaciones alemán de 1992 y, en cierta medida, responde el BGB en su redacción actual tras la reforma de 2001. A pesar de ello, no es una novedad, ya existía una regulación de este tipo en el Código suizo de las obligaciones y en el artículo 1454 del Código civil italiano.

**a. La resolución por incumplimiento en el Código de las obligaciones suizo**

[561] La regulación de la resolución por incumplimiento en el Código suizo toma como supuesto principal, el caso de retraso en el cumplimiento. Según lo previsto en el artículo 107 CO, el acreedor no dispone inmediatamente del derecho de resolución por incumplimiento, sino que para poder acudir al remedio resolutorio es necesario que **previamente haya realizado un requerimiento al deudor, conminándole a la realización de la prestación en el plazo adicional que le otorga**<sup>306</sup>.

Dicho plazo puede ser fijado por el propio acreedor o bien por el órgano judicial. El Código de las obligaciones suizo se limita a exigir que el plazo sea **adecuado** (“convenable”) a lo que se han añadido que ha de ser **preciso** (el deudor ha de poder comprender que el acreedor exige la ejecución del contrato) y **determinado** (en el sentido de que se ha de referir a un número de días, o meses preciso, y ha de hacer saber al deudor hasta que día va a permitir la realización de la prestación)<sup>307</sup>. En

<sup>306</sup> Artículo 107 CO: “Lorsque, dans un contrat bilatéral, l’une des parties est en demeure (art. 102 CO), l’autre peut lui fixer ou lui faire fixer par l’autorité compétente un délai convenable pour s’exécuter.

Si l’exécution n’est pas intervenue à l’expiration de ce délai, le droit de la demander et d’actionner en dommages-intérêts pour cause de retard peut toujours être exercé; cependant, le créancier qui en fait la déclaration immédiate peut renoncer à ce droit et réclamer des dommages-intérêts pour cause d’inexécution ou se départir du contrat.”

<sup>307</sup> STANISLAS, *Le Droit de résolution dans le contrat de vente. Sanction de l’inexécution des obligations contractuelles. Étude de Droit suisse*, p. 70.

el supuesto de que el plazo otorgado por el acreedor sea excesivamente corto, el deudor no queda dispensado de cumplir, pero ha de hacerlo dentro de un plazo adecuado (no puede permanecer inactivo esperando que el acreedor le fije un plazo adecuado), de tal manera que si el deudor cumple después del transcurso del plazo excesivamente corto otorgado por el acreedor, pero dentro de un plazo adecuado, el cumplimiento es válido y el acreedor no puede proceder a la resolución del contrato.

No es necesario que el requerimiento en el que se otorga el plazo adicional para cumplir vaya acompañado de la amenaza de resolución por parte del acreedor, como tampoco que avise al deudor de las consecuencias que puede llevar a aparejado dicho incumplimiento<sup>308</sup>.

Transcurrido infructuosamente el plazo adicional otorgado al deudor, el acreedor puede optar entre mantener el contrato o renunciar al mismo; en este último caso, si pretende la resolución del contrato debe realizar una declaración inmediata de renuncia a la ejecución del contrato<sup>309</sup>; de no hacerlo, sólo podrá reclamar la ejecución del contrato, o bien, podrá conceder un plazo al deudor al transcurso del cual volverá a disponer del derecho de opción.

**[562]** Excepcionalmente, el acreedor queda dispensado del requisito de la previa concesión de un plazo al deudor y puede proceder a **declarar inmediatamente la resolución**.

<sup>308</sup> Aunque tal y como señala STANISLAS (*Le Droit de résolution dans le contrat de vente. Étude de Droit suisse*, p. 70) nada impide al acreedor optar en ese momento por uno de los remedios de los que dispone (exigir el cumplimiento, la resolución del contrato o la indemnización de daños y perjuicios). Si opta por la resolución, queda extinguido en ese momento el derecho de opción de que disponía y no podrá optar por otro remedio. Recordar, que en derecho alemán el acreedor una vez transcurrido el plazo suplementario otorgado al deudor pierde la posibilidad de pretender el cumplimiento y únicamente puede pretender la resolución o la indemnización de daños y perjuicios).

<sup>309</sup> Se ha puesto de manifiesto que la exigencia de una declaración inmediata con la intención de apartarse del contrato es una exigencia establecida en interés del deudor, ya que resulta necesario que resulte informado de la opción elegida por el acreedor. Además, este último no debe de poder especular en detrimento del deudor, por lo que debe de advertirle si pretende o no perseguir la ejecución del contrato.

Conforme a lo previsto en el artículo 108 CO<sup>310</sup>, los casos en los que no es necesaria la concesión de un plazo al deudor son tres y coinciden en gran medida con los casos calificados de incumplimiento esencial:

1. Cuando de la actitud del deudor resulte evidente la inutilidad de la concesión de dicho plazo; (así, por ejemplo, cuando el deudor constituido en mora ponga de manifiesto que no tiene intención de cumplir o que no puede cumplir)<sup>311</sup>.
2. Cuando como consecuencia de la mora del deudor, la prestación deja de ser útil para el acreedor<sup>312</sup>.
3. Cuando conforme a los términos del contrato, la ejecución del contrato debería de haber tenido lugar en un momento fijo o en un plazo determinado (contratos a término esencial).

**b. *La Diffida ad adempiere y la resolución extrajudicial en el artículo 1454 CC italiano***

[563] El Código civil italiano regula en el artículo 1453 una resolución eminentemente judicial. Según lo previsto en este precepto, producido el incumplimiento, el acreedor puede, sin más requisitos, presentar una demanda solicitando la resolución (el juez valorará si el incumplimiento

<sup>310</sup> Artículo 108 CO: "La fixation d'un délai n'est pas nécessaire:

1. Lorsqu'il ressort de l'attitude du débiteur que cette mesure serait sans effet;
2. Lorsque, par suite de la demeure du débiteur, l'exécution de l'obligation est devenue sans utilité pour le créancier;
3. Lorsque aux termes du contrat l'exécution doit avoir lieu exactement à un terme fixe ou dans un délai déterminé.

<sup>311</sup> Sobre este punto el Tribunal Federal ha considerado igualmente que si antes del vencimiento de la obligación el deudor ha manifestado claramente su intención de no dar cumplimiento a sus obligaciones, resultarán inútiles. Sin embargo, el deudor podrá retirar su declaración de no cumplimiento siempre y cuando el acreedor todavía no haya renunciado a la ejecución o resuelto el contrato (STANISLAS, *Le Droit de résolution dans le contrat de vente. Étude de Droit suisse*, pp. 72 y 73).

<sup>312</sup> A diferencia del supuesto anterior en que lo que resultaba inútil era la concesión de un plazo al deudor, en este supuesto lo que resulta inútil es la propia prestación.

tiene la importancia suficiente para dar lugar a la resolución)<sup>313</sup>. A continuación, el artículo 1454 CC italiano contempla una resolución que opera sin intervención judicial<sup>314</sup>. En este caso, se prevé un mayor rigor formal, el acreedor no dispone de la resolución de una forma directa e inmediata, sino que, **previamente, debe notificar al deudor una invitación a cumplir en un determinado plazo, y sólo si el deudor no cumple en ese plazo, tendrá lugar la resolución del contrato**<sup>315</sup>.

[564] Se ha afirmado que la concesión de un plazo al deudor para que cumpla (*diffida ad adempiere*) aunque tiene en cuenta el interés del acreedor en resolver el contrato basándose en el incumplimiento del deudor<sup>316</sup> pero, también pretender tutelar al deudor. Por esta razón, no permite al primero declarar inmediatamente la resolución sino que le exige que previamente intime al deudor al cumplimiento; con ello, el deudor dispone de una última oportunidad de cumplir y evitar la resolución que pretende el acreedor<sup>317</sup>.

<sup>313</sup> El artículo 1455 CC italiano declara que para que tenga lugar la resolución es necesario que el incumplimiento no sea de escasa importancia.

<sup>314</sup> Art. 1454: *Diffida ad adempiere*. "Alla parte inadempiente l'atra può intimare per iscritto di adempiere in un congruo termine, con dichiarazione che, decorso inutilmente detto termine, il contratto s'intenderà senz'altro risoluto.

Il termine non può essere inferiore a quindici giorni, salvo diversa pattuizione delle parti o salvo che, per la natura del contratto o secondo gli usi, risulti congruo un termine minore.

Decorso il termine senza che il contratto sia stato adempiuto, questo è risoluto di diritto".

Por lo que respecta al precedente normativo de esta resolución extrajudicial introducida en el Derecho italiano en el Código civil de 1942, existen discrepancias doctrinales, MOSCO sostiene que la introducción de la figura de la *diffida ad adempiere* deriva de la influencia de legislaciones extranjeras y en particular del § 326 BGB y del art. 107 CO (MOSCO, Luigi, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, traducción de la primera ed. italiana, Barcelona, 1962, p. 156).

<sup>315</sup> DELL'AQUILA, *La resolución por incumplimiento*, p. 175

<sup>316</sup> Aunque el artículo 1454 CC no dice nada respecto de las características que debe reunir dicho incumplimiento, está comúnmente admitido, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que el incumplimiento que da lugar a la resolución en virtud de este precepto debe reunir las características previstas en el artículo 1455 CC italiano —es decir, que el incumplimiento no sea de escasa importancia— (AULETTA, *La risoluzione per inadempimento*, p. 647).

<sup>317</sup> COSTANZA, "Art. 1454 Codice civile", en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, pp. 431 a 448, p. 434.

MOSCO señala que con este precepto "(...) el legislador ha considerado conciliables los contrapuestos intereses de acreedor y deudor, negando al primero la facultad de instar una resolución inmediata en el momento mismo de la declaración, y al segundo la posibilidad de purgar la mora

Esta función tuitiva de los intereses de ambas partes, hace que la concesión de plazo se componga de tres elementos:

- a) la **intimación al cumplimiento**. El acreedor ha de requerir por escrito al deudor solicitándole que proceda al cumplimiento.
- b) la **fijación de un plazo** concedido al deudor para que cumpla.

El artículo 1454 CC italiano señala que la intimación al cumplimiento ha de ir acompañada de la concesión de un plazo al deudor para que cumpla. Se ha de tratar de un plazo "idóneo"<sup>318</sup>, a lo que la doctrina añade que sea "preciso"<sup>319</sup> indicando que el plazo ha de ser como mínimo de 15 días<sup>320</sup>, si bien es posible que las partes pacten un plazo menor, o bien, conforme a la naturaleza del contrato o de los usos resulte adecuado un plazo menor<sup>321</sup>. Es el juez el que valora de forma discrecional, atendiendo a las circunstancias del caso, si el plazo otorgado por el acreedor es adecuado.

---

después del transcurso del término fijado (art. 1454 párrafo 3º)" (MOSCO, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, p. 154).

<sup>318</sup> Aunque es una cuestión debatida, parece prevalecer la idea de que en caso de que el plazo concedido al deudor no sea suficiente o adecuado a las circunstancias la intimación al cumplimiento con amenaza de resolución, carece de eficacia, no siendo posible subsanar la falta de adecuación de la duración del plazo concedido. (COSTANZA, "Art. 1454 Codice civile", en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, p. 445). MOSCO reconoce expresamente que la solución de la ineficacia de la intimación que contiene un plazo excesivamente corto difiere de la establecida en el ordenamiento alemán (*La resolución de los contratos por incumplimiento*, p. 160; sobre la solución alemana).

<sup>319</sup> MOSCO, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, p. 163; NATOLI, "Diffida ad adempiere", *Enciclopedia del Diritto*, XII, pp. 509 a 511, p. 510; y COSTANZA defiende que la falta de precisión del plazo de cumplimiento, lleva consigo que la declaración del acreedor sólo deba considerarse como una invitación a cumplir cuya inobservancia no determina la automática disolución del contrato, aunque puede tener cierta relevancia jurídica respecto a la valoración de la gravedad del incumplimiento (COSTANZA, "Art. 1454 Codice civile", en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, p. 446).

<sup>320</sup> En el Proyecto preliminar del libro de las obligaciones estaba previsto que el plazo a conceder no debía ser inferior a treinta días, posteriormente en el Código de 1942, se optó por el plazo de quince días.

El plazo para el cumplimiento comienza a correr en el momento en que la intimación es conocida por el deudor (NATOLI, U., "Diffida ad adempiere", *Enciclopedia del Diritto*, XII, Milán, 1964, p. 510; COSTANZA, "Art. 1454 Codice civile", en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, pp. 446-447).

<sup>321</sup> MOSCO afirma que el plazo de 15 días establecido por la ley, "sólo constituye una especie de presunción de tiempo hábil que puede disminuir por diversas causas" (MOSCO, *La resolución de los contratos por incumplimiento*, p. 158). Sin embargo, PALMIERI pone de relieve que existe una tendencia jurisprudencial consolidada que niega la adecuación de un plazo inferior a quince días, en



- c) la **mención del efecto resolutorio para el caso de que el deudor no cumpla** dentro del plazo establecido por el acreedor. Junto con la intimación al cumplimiento, el acreedor ha de advertir que la falta de cumplimiento determinará la resolución automática del contrato<sup>322</sup>.

[565] Aunque el artículo 1454 CC italiano no establece excepciones a la necesidad de conceder un plazo al deudor para que cumpla antes de que tenga lugar la resolución, se ha puesto de relieve que el mecanismo de la *diffida ad adempiere* carece de sentido cuando nos encontremos ante un incumplimiento definitivo (v. gr. imposibilidad, término esencial<sup>323</sup>) pues el plazo siempre transcurrirá de forma infructuosa al no ser nunca posible el cumplimiento posterior, frente a esto, la doctrina señala que a

---

contra, señala este autor que dicha jurisprudencia está en abierto contraste con la letra y el espíritu de la ley (*La risoluzione per inadempimento nella Giurisprudenza*, p. 327).

<sup>322</sup> Señala COSTANZA ("Art. 1454 Codice civile", en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, pp. 447 a 448) que aunque del tenor literal de la ley se deriva que la resolución se produce de forma automática e irremediable, la interpretación más difundida lo hace en el sentido de consentir una retractación del acreedor, incluso después del transcurso infructuoso del plazo establecido en la intimación (amparándose en que el plazo está puesto en exclusivo interés del intimante, por lo que se admite que el acreedor emita una nueva intimación una vez transcurrido el plazo en un principio concedido). En contra de esta interpretación, afirma esta autora que es discutible que el plazo otorgado en la intimación deba considerarse como establecido en único interés del acreedor, así, por ejemplo, la exigencia de congruencia del plazo exigida para la eficacia de la intimación induce a sostener que la dilación no responde al interés del acreedor en exclusiva y pone de relieve que el propio deudor intimado puede tener interés en no sufrir las consecuencias del cambio de opinión del acreedor y contar con la resolución al transcurso del plazo (a pesar de que hay jurisprudencia en contra, CARNEVALI se suma a la opinión de COSTANZA, CARNEVALI, "Art. 1453", en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, p. 90). Además, afirma, que si se admite que el acreedor pueda hacer revivir unilateralmente el contrato, se va en contra del principio sancionado en el art. 1453.2 conforme al cual, el acreedor no puede exigir el cumplimiento una vez presentada la demanda de resolución, y con ello no lesionar el interés del deudor que se considera liberado de la obligación de estar preparado para la ejecución de su propia prestación, principio que considera que debe mantenerse también en la hipótesis de intimación (en tal sentido, sobre el 1453.2 véase, CARNEVALI, "Art. 1453", en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, p. 81) y PALMIERI (*La risoluzione per inadempimento nella Giurisprudenza*), defiende que una vez realizada la intimación al cumplimiento con la amenaza de resolución, no se pueden modificar ni revocar los efectos de dicha intimación (p. 310). Notificada al deudor la *diffida ad adempiere*, ésta produce sus efectos independientemente de la voluntad del intimante, de tal forma que si el plazo otorgado transcurre de forma infructuosa, la suerte del contrato no puede quedar a la disponibilidad del intimante y se resolverá (p. 322).

<sup>323</sup> En el ordenamiento italiano, a diferencia de lo que hemos visto que sucede en el derecho suizo no está prevista expresamente la dispensa de la concesión de plazo en el supuesto de que el deudor

través del ejercicio judicial de la resolución no es necesaria esta concesión de plazo<sup>324</sup>.

### **c. La Nachfrist en el Proyecto de reforma del Derecho de obligaciones de 1992 y en la reforma del BGB de 2001**

#### **i. La Nachfrist en el Proyecto de Reforma de 1992**

[566] La resolución por incumplimiento se regulaba de forma unitaria en el § 323 BGB-KE que reconocía un derecho de resolución independiente de la imputabilidad o no del incumplimiento al deudor<sup>325</sup>.

---

manifieste que no piensa cumplir, y la doctrina mayoritaria considera que aunque así lo diga el deudor, sigue siendo imprescindible la concesión del plazo antes de proceder a la resolución.

<sup>324</sup> COSTANZA, "Art. 1454", p. 440. Frente al mecanismo de la *diffida ad adempiere* recordar que si se recurre a la vía judicial para declarar la resolución, no es necesario conceder un plazo al deudor y desde el momento en que la demanda de resolución se presenta precluye la posibilidad de éste de cumplir. Por tanto, en aquellos supuestos en los que el acreedor no pretenda ya el cumplimiento, acudirá a la resolución judicial.

<sup>325</sup> § 323 BGB-KE consta de cinco apartados. Apartado (1) Incumplida por una de las partes una obligación de un contrato bilateral, puede la otra parte resolver el contrato una vez transcurrido un plazo razonable fijado por esta parte cuando el deudor podía contar con esta resolución. Si como consecuencia del tipo de incumplimiento de la obligación no es necesaria la fijación de un plazo, en su lugar se realizará un aviso. Si la lesión de la obligación se limita a una parte de la prestación, el acreedor puede resolver el contrato entero cuando no tenga interés en una prestación parcial.

El apartado (2) declara que no es necesaria la fijación de un plazo o la realización de un aviso cuando: 1. Resulta claro que no tendrían éxito; 2. El incumplimiento de una obligación en la que la prestación está sometida a un plazo determinado en el contrato o dentro de un plazo determinado contractualmente y el acreedor ha ligado la permanencia de su interés en la prestación a la realización de un cumplimiento puntual, y; 3. Por razones varias está justificada la resolución inmediata una vez sopesado el interés de ambas partes.

En el apartado (3) se establece que la resolución queda excluida cuando: 1. El incumplimiento de la obligación es irrelevante; 2. Se ha incumplido una obligación en el sentido del § 241.2 BGB-KE y a pesar de ello se le puede exigir al acreedor la permanencia en el contrato; 3. El acreedor es responsable de manera exclusiva o primordial del incumplimiento y; 4. A la pretensión se opone una excepción que el deudor ya ha opuesto o que opone inmediatamente después de la resolución; las excepciones basadas en el § 275 se considerarán excluidas.

El apartado (4) se ocupa de la resolución anticipada y declara que el acreedor está legitimado para resolver, antes de que se produzcan las condiciones para la resolución, cuando sea evidente que las condiciones para el derecho de resolución se van a dar.

Por último, el apartado (5) prevé que el deudor fije al acreedor un plazo razonable para el ejercicio del derecho de resolución. Si el acreedor no ejercita el derecho de resolución en este plazo, sólo podrá resolver el contrato una vez transcurrido sin éxito el plazo que él fije o una vez que haya realizado el aviso (en los casos en los que no sea necesario que otorgue un plazo) sin tener éxito.

[567] Según lo previsto en el § 323 (1) BGB-KE, como regla general, el incumplimiento sin más no deja el camino abierto para que el acreedor proceda a la resolución del contrato, la parte que sufre el incumplimiento **sólo puede resolver el contrato una vez transcurrido el plazo adicional que fije al deudor para que cumpla**<sup>326</sup>; supone la concesión al deudor de una última oportunidad para cumplir. A diferencia de lo previsto en el § 323 BGB v. ant., no es necesario que la concesión del plazo adicional vaya acompañada de una amenaza de desistimiento del contrato (*Ablehnungsandrohung*).

El § 323 (1) 2 BGB-KE, contempla la posibilidad de que, atendiendo al tipo de incumplimiento producido, no sea necesaria la fijación de un plazo adicional al deudor, en su lugar, basta con que se realice un aviso (*Abmahnung*)<sup>327</sup>.

[568] A continuación, el § 323 (2) BGB-KE establece una serie de supuestos en los que **el acreedor puede declarar inmediatamente la resolución del contrato**, sin necesidad de conceder previamente un plazo al deudor ni de realizar un aviso previo.

Los casos en los que procede una resolución inmediata son:

(1) Cuando resulta evidente que **la concesión de plazo no tendrá ningún éxito**<sup>328</sup> (en este apartado se consideran contenidos los supuestos de imposibilidad, *absolutes Fixgeschäft*, negativa seria del deudor a cumplir y la denominada “imposibilidad económica” o prestación insuperablemente gravosa (*unüberwindbaren Leistungerschwerung*),

<sup>326</sup> § 323.(1).1 BGB-KE: “Verletzt der eine Pflicht aus einem gegenseitigen Vertrag, so kann der andere Teil nach erfolglosen Ablauf einer von ihm bestimmten angemessenen Frist vom Vertrag zurücktreten, wenn der Schuldner auf Grund der Fristsetzung mit dem Rücktritt rechnen mußte.”

<sup>327</sup> § 323.(1).2 BGB-KE: “Kommt nach der Art der Pflichtverletzung eine Fristsetzung nicht in Betracht, so tritt an deren Stelle eine Abmahnung”.

<sup>328</sup> § 323.(2)BGB-KE: “Der Bestimmung einer Frist oder der Abmahnung bedarf es nicht, wenn:

1. offensichtlich ist, daß sie keinen Erfolg hätten.”

supuestos hasta entonces cubiertos por los §§ 323 y 325 BGB entre otros<sup>329</sup>.

(2) Cuando el incumplimiento se refiere a una prestación que debe realizarse en un momento concreto, determinado en el contrato, y el acreedor ha ligado la subsistencia de su interés en la prestación a un cumplimiento puntual de éste<sup>330</sup> (incluye los supuestos de *relatives Fixgeschäft*)<sup>331</sup>.

(3) Cuando la resolución inmediata está justificada por razón de los intereses de ambas partes<sup>332</sup> (este supuesto es residual y permite a los tribunales introducir su propia valoración, pues se refiere a aquellos supuestos que por diversas razones, esté justificada la resolución inmediata; aquí cabría incluir los casos del § 326 (2) BGB v. ant.)<sup>333</sup>.

<sup>329</sup> *Abschlußbericht*, p. 168.

<sup>330</sup> § 323.(2) BGB-KE: "Der Bestimmung einer Frist oder der Abmahnung bedarf es nicht, wenn: 2. Die Pflichtverletzung darin besteht, daß die Leistung zu einem im Vertrag bestimmten Termin oder innerhalb einer im Vertrag bestimmten Frist unterbleibt und der Gläubiger im Vertrag den Fortbestand seines Leistungsinteresses an die Rechzeitigkeit der Leistung gebunden hat."

<sup>331</sup> Apartándose de la regulación contenida en el § 361 BGB.

<sup>332</sup> § 323.(2) BGB-KE: "Der Bestimmung einer Frist oder der Abmahnung bedarf es nicht, wenn: 3. Aus besonderen Gründen unter Abwägung der beiderseitigen Interessen der sofortige Rücktritt gerechtfertigt ist."

<sup>333</sup> Con carácter previo al Informe final de la Comisión para la reforma del derecho de obligaciones y al proyecto de nueva redacción del BGB se discutió acerca de la incorporación del concepto de *wesentliche Vertragsverletzung*, como noción unitaria de incumplimiento que abre el camino al ejercicio del remedio resolutorio, como excepción a la regla de la resolución del contrato únicamente después del transcurso infructuoso del plazo adicional fijado al deudor. El concepto de *wesentliche Vertragsverletzung* se conectaba con la desaparición del interés del acreedor (*Interessen wegfall*). Así Huber proponía una nueva redacción del § 326. Dicho precepto declararía, como regla general, la resolución por transcurso del plazo (*Rücktritt nach Nachfristsetzung*). A continuación en el § 326 a) reconocería una *Rücktritt ohne Nachfrist bei wesentlicher Vertragsverletzung* en aquellos supuestos en los que el incumplimiento hace que desaparezca el interés del acreedor en el mantenimiento del contrato y en el § 326 b) la resolución en caso de imposibilidad (HUBER, "Leistungsstörungen" en *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, I, 1981, pp. 647 a 909, en especial pp. 677 a 678).

El concepto de *wesentliche Vertragsverletzung* no fue acogido de forma pacífica en la doctrina alemana, así un sector de la doctrina señaló que la disciplina de la lesión esencial del contrato era en cierta medida "oscura" y "privada de contenido". En especial las críticas se enfocaron respecto del concepto de *Vertragsverletzung*, en su relación con el concepto de *Nichterfüllung*. Se señala que mientras que en el primero de los conceptos el acento se pone sobre la falta de realización del interés del acreedor en el contrato, en el caso de *Nichterfüllung* se hace referencia exclusivamente al comportamiento del deudor que incumple una obligación contractual, y se reconoce que a pesar de ser conceptos distintos se refieren a una misma noción. Finalmente en el BGB-KE se descarta el recurso al concepto de *wesentliche Vertragsverletzung* y simplemente se señala que no procede la resolución cuando el incumplimiento es *unerheblich*.

ii. La *Nachfrist* en el BGB tras la reforma de 2001

[569] Tras la reforma operada por la Ley de modernización del derecho de obligaciones de 26 de noviembre de 2001, el Derecho alemán pasa a formar parte del grupo de sistemas que establecen, como punto de partida, la necesidad de conceder un plazo adicional al deudor para que cumpla antes de poder acudir al remedio resolutorio.

[570] Según lo previsto en el nuevo **§ 323 BGB**, en caso de incumplimiento, el acreedor dispone del derecho de resolución con independencia de la imputabilidad del incumplimiento, pero para que pueda tener lugar la resolución, es necesario que el acreedor, **previamente, haya otorgado al deudor un plazo adicional para que pueda realizar la prestación**. El acreedor podrá declarar la resolución del contrato una vez que dicho plazo haya transcurrido de forma infructuosa.

En el nuevo § 323 BGB no se exige que la concesión de plazo vaya acompañada de una amenaza de desistimiento (*Ablehnungsandrohung*). Este requisito, que se exigía bajo la vigencia del § 326 BGB v. ant. y presentaba en la práctica importantes inconvenientes para los acreedores que ignoraban su existencia, se considera innecesario<sup>334</sup>. El deudor, al que se le ha concedido un plazo adicional, debe ser consciente de que el transcurso infructuoso del mismo puede provocar graves consecuencias, para sus intereses. Además, una consecuencia importante de la supresión de este requisito, es que en el nuevo BGB, transcurrido infructuosamente el plazo adicional, el acreedor sigue manteniendo su pretensión al cumplimiento,

---

<sup>334</sup> *Abschlußbericht*, p. 167.

de tal forma, que puede optar por mantener el contrato o bien proceder a su resolución<sup>335</sup>.

[571] El propio § 323 BGB contempla determinados supuestos en los que desaparece el requisito de la concesión de un plazo adicional al deudor. Son casos en los que, aunque el cumplimiento posterior sea posible, cobra sentido otorgar al acreedor un **derecho inmediato de resolución**.

Según lo previsto en el §323 (2) BGB, el acreedor está exento de conceder un plazo adicional al deudor: (1) cuando el deudor se niega de forma definitiva y seria a realizar la prestación; (2) cuando el deudor no ha realizado la prestación en el momento o plazo previsto, y el acreedor había ligado su interés en la prestación al cumplimiento puntual; y (3) cuando atendiendo a las circunstancias concretas y ponderando los intereses de ambas partes, se justifica la existencia de una resolución inmediata.

En estos casos, **el requisito de la concesión del plazo adicional al deudor queda sustituido por la realización de un previo aviso** (*Abmanung*).

[572] Para terminar con la exposición del nuevo derecho de resolución, es necesario hacer una referencia al § 326 BGB que regula los casos en los que **la pretensión de cumplimiento ha desaparecido en virtud del § 275 BGB** (su supuesto de hecho incluye la imposibilidad pero es más amplio). Conforme a lo previsto en el apartado (5) de este precepto, si el acreedor pretende valerse del remedio resolutorio será de aplicación lo previsto en el 323 BGB. Aunque no lo diga expresamente el 326, se trata

<sup>335</sup> KOHTE/MICKLITZ/ROTT/TONNER/WILLINGMANN, Das neue Schuldrecht-Kompaktcommentar, Munich, 2003, § 323 núm. 11; ALBIEZ DOHRMAN, «Un nuevo derecho de obligaciones. La reforma 2002 del BGB», *ADC*, III, pp. 1133 a 1227, pp. 1179-1180.

de casos en los que, por definición, carece de sentido el otorgamiento de un plazo adicional, y por tanto, el acreedor dispone de un **derecho de resolución inmediato**.

### **3. Alcance de ambos sistemas**

[573] Como ya anunciamos, ambos sistemas conducen a unos resultados muy parecidos. En ambos se establece un mecanismo distinto para los incumplimientos esenciales (en los que el cumplimiento posterior no es posible o no es útil para satisfacer los intereses del acreedor) y los incumplimientos que permiten subsanación (el cumplimiento posterior es posible y útil). Poco importa que la regulación de la resolución tome como punto de partida la resolución inmediata y a continuación establezca los casos de resolución tras el transcurso infructuoso del plazo; o que la regulación tenga como eje central los incumplimientos susceptibles de subsanación y la necesidad de concesión de un plazo adicional al deudor antes de proceder a la resolución y que, a continuación, establezca los casos en los que el derecho de resolución tiene carácter inmediato en virtud del incumplimiento que ha tenido lugar (incumplimiento esencial).

La justificación del trato distinto que merecen ambos incumplimientos es muy sencilla: mientras que en caso de incumplimiento no esencial, se produce un conflicto entre el interés del deudor en el mantenimiento del contrato y el interés del acreedor en su resolución, de ahí que una correcta ponderación de los intereses en juego lleve a establecer el requisito del otorgamiento al deudor de una última oportunidad para cumplir y evitar la resolución; en caso de

incumplimiento esencial, una correcta protección de los intereses del acreedor implica el reconocimiento de un derecho de resolución inmediata (pues el cumplimiento no es posible o no es útil para satisfacer sus intereses)<sup>336</sup>.

Además, la concesión de un plazo adicional al deudor puede tener otra utilidad importante. Puede servir al acreedor para disipar las dudas que pudiese tener acerca del carácter esencial del incumplimiento, de tal forma que otorgando un plazo adicional al deudor se asegura el ejercicio conforme a derecho de su facultad resolutoria (pues nada impide que a pesar de existir un incumplimiento esencial, el acreedor otorgue al deudor una oportunidad de cumplir).

#### ***D. APUNTES PARA UNA FUTURA REGULACIÓN DE LA NACHFRIST EN DERECHO ESPAÑOL***

[574] Hemos tenido ocasión de ir poniendo de manifiesto las carencias que sufre la determinación del régimen aplicable al ejercicio extrajudicial de la resolución por incumplimiento en nuestro Derecho, debido, sobre todo, a la falta de previsión legal del mismo. A pesar de ello, tanto la doctrina como la jurisprudencia han podido suplir dicha falta y establecer con mayor o menor acierto según los casos, los contornos.

Sin embargo, uno de los principales escollos con los que se tropiezan a la hora de delimitar el procedimiento a seguir por parte del acreedor que quiere resolver el contrato sin acudir al órgano judicial es, precisamente, el de asegurarle siquiera de forma elemental, que ha llevado a cabo todos los pasos necesarios hasta llegar a la resolución y

---

<sup>336</sup> SCHLECHTRIEM, "Terminations of contracts under the Principles", en *Contratti commerciali internazionali e principi UNIDROIT*, 1997, pp. 249 a 269, p. 265.



que, por tanto, no va a considerarse que se ha precipitado en el ejercicio del remedio resolutorio<sup>337</sup>.

Es Álvarez Vigaray uno de los primeros autores que se enfrenta directamente a lo que considera “uno de los principales defectos” en el reconocimiento en nuestro derecho de la resolución por declaración unilateral: la falta de fijación de un plazo para el cumplimiento por parte del acreedor que hace la declaración de resolución. Afirma este autor que si se hubiera establecido el requisito de la fijación de un plazo al deudor, así como el contenido mínimo de éste, quedaría compensado, en esta forma de resolución, de la posibilidad que tiene de obtener un plazo de gracia en la resolución judicial.<sup>338</sup> Y en el mismo sentido, ha sido Clemente Meoro quien últimamente ha reconocido que en un sistema en el que se le exige una notificación del acreedor al deudor manifestando su voluntad de resolver si no se ejecuta la prestación en el plazo señalado

<sup>337</sup> En el ámbito del Derecho de los consumidores y precisamente con relación a la protección que merece este último la necesidad de conceder un plazo al consumidor para que cumpla antes de que tenga lugar la resolución por incumplimiento ha sido objeto de reconocimiento legal. Así sucede en la Ley 42/1998 de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias, cuyo artículo 13 regula la facultad resolutoria del propietario por falta de pago de las cuotas por parte del consumidor. Dicho precepto establece en su apartado primero que “Salvo pacto en contrario, el propietario tendrá una facultad resolutoria en el caso de que el adquirente titular del derecho de aprovechamiento por turno, una vez requerido, no atienda al pago de las cuotas debidas por razón de los servicios prestados durante, al menos, un año”; por lo que respecta al ejercicio de dicha facultad resolutoria, el apartado segundo del artículo 13 declara que “El propietario podrá ejercer esta facultad de resolución, a instancia de la empresa de servicios, *previo requerimiento fehaciente de pago al deudor en el domicilio registral o, en su defecto, en el que conste a tal fin en el contrato, bajo apercibimiento de proceder a la resolución del mismo si en el plazo de treinta días naturales no se satisfacen integralmente las cantidades reclamadas*”.

También en el régimen previsto en la DA 1ª de la Ley 28/1998 de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, para que el arrendador pueda declarar resuelto un arrendamiento financiero de bienes muebles otorgados con las formalidades previstas en el artículo 1.429 de la LEC o inscrito en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles y formalizado en el modelo oficial establecido al efecto, se establece la necesidad de que “El arrendador, a través de fedatario público competente para actuar en el lugar donde se hallen los bienes, donde haya de realizarse el pago o en el lugar donde se encuentre el domicilio del deudor, *requerirá de pago al arrendatario financiero, expresando la cantidad total reclamada y la causa del vencimiento de la obligación. Asimismo, se apercibirá al arrendatario de que, en el supuesto de no atender el pago de la obligación, se procederá a la recuperación de los bienes en la forma establecida en la presente disposición*”; hecho el requerimiento, “el arrendatario, *dentro de los tres días hábiles siguientes a aquél en que sea requerido, deberá pagar la cantidad exigida o entregar la posesión de los bienes al arrendador financiero*”.

<sup>338</sup> ÁLVAREZ VIGARAY, *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, pp. 233 y 234.

en la notificación, se consigue evitar las dilaciones que supone una resolución judicial y no se merman las garantías del deudor<sup>339</sup>.

[575] Aunque los pronunciamientos doctrinales a favor de la concesión del plazo al deudor para que cumpla antes de acudir al remedio resolutorio son numerosos, lo cierto es que respecto a las características que debería reunir esta figura en nuestro Derecho los pronunciamientos doctrinales son menores, quizá ante la resignación a la legislación vigente.

Sin embargo, existe una notable excepción. Pantaleón, afirma que “una mayor certidumbre en las relaciones contractuales y el conceder a la parte incumplidora una nueva oportunidad de mantener el contrato que no dependa del arbitrio judicial aconsejan acoger en nuestro derecho la regla de que la resolución sólo procederá por el *transcurso infructuoso de un plazo adecuado* señalado por el acreedor de tal modo que el incumplidor haya de contar con la resolución a su término; salvo que sea patente lo inútil de dicha fijación de plazo, o la obligación incumplida lo fuera a término esencial, o concurran otras razones excepcionales”<sup>340</sup>. Para este autor, el modelo a seguir es el previsto en el § 323 BGB-KE<sup>341</sup>. Nosotros nos sumamos a su propuesta pues consideramos que una solución como la allí prevista resulta muy razonable y adecuada: otorga

<sup>339</sup> CLEMENTE MEORO, *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, núm. 62.

<sup>340</sup> PANTALEÓN, “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *A.D.C.*, 1993, p. 1733.

<sup>341</sup> Señala que a una solución semejante conduce el régimen previsto en el nuevo Código civil holandés cuyo art. 6:265 (2) establece que en la medida en que el cumplimiento no sea imposible de forma temporal o permanente, sólo surge la posibilidad de resolver el contrato cuando el deudor está en mora. Respecto a la mora, el art. 6:82 BW prevé con carácter general que la mora tendrá lugar cuando se haya efectuado un requerimiento por escrito fijando un plazo adecuado al deudor para que cumpla y el deudor no haya cumplido en este plazo. El segundo apartado de dicho precepto establece que no es necesario conceder un plazo al deudor, sino que basta con que se le comunique por escrito su constitución en mora, cuando éste se encuentre ante una imposibilidad temporal de cumplir o por su actitud indique que la concesión del plazo será inútil. Además, el artículo 6:83 BW regula determinados casos en los que la constitución en mora tiene lugar sin necesidad de requerimiento alguno.

A pesar de ello, consideramos más clara la solución prevista en el BGB-KE, pues la contemplada en el BW no deja de girar en torno al concepto de imposibilidad.

una mayor seguridad al tráfico (evitando las actuales incertidumbres que se producen en nuestro ordenamiento respecto a si existe o no incumplimiento resolutorio) y otorga una adecuada protección a los intereses de ambas partes (el del acreedor de resolver y el del deudor de dar cumplimiento al contrato).

Además, aunque ello no es decisivo, a nuestro favor hemos de decir que el sistema previsto en el proyecto de la Comisión no choca con la práctica que se viene desarrollando en el ámbito de la compraventa de inmuebles y que goza del beneplácito de la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país.

[576] Por lo que respecta a las características y requisitos que debe reunir dicha concesión de un plazo, consideramos que lo más correcto es obligar al acreedor a realizar una comunicación en tal sentido al deudor, en la que conste la **invitación a cumplir y concesión de un plazo para ello**.

No nos parece acertado exigir que en la comunicación de la concesión del plazo conste la voluntad del acreedor de dar por resuelto el contrato si dicho plazo transcurre de forma infructuosa; más acertado es, en cambio, permitir que, a pesar del transcurso del plazo, el acreedor disponga de todos los remedios (incluido el cumplimiento). Este modelo implica, en principio que para que tenga lugar la resolución es necesario que el acreedor realice dos notificaciones: una concediendo un plazo adicional al deudor para que cumpla, y otra declarando la resolución una vez transcurrido éste de forma infructuosa; sin embargo, debería admitirse que, por razones de economía procedimental, el acreedor pueda en un solo acto, declarar la resolución condicionada a la falta de cumplimiento en el plazo adicional que le otorga en la misma

notificación. En este caso, el acreedor deberá tener especial cuidado en que su voluntad resolutoria conste de forma clara e inequívoca; en caso de duda la notificación de resolución no debe producir efecto<sup>342</sup>.

Por lo que respecta a la duración del plazo, nos parece un acierto que en la regulación del plazo no se establezca una duración siquiera de forma indicativa, sino que en una norma que pretende regular supuestos muy heterogéneos entre sí, lo más acertado es indicar que ha de tratarse de un plazo de una duración *razonable* que se determinará según las circunstancias concurrentes en el caso en concreto.

Por lo que respecta a la forma, si bien en nuestro país contamos con la práctica desarrollada al amparo del artículo 1504 CC que exige un requerimiento judicial o por acta notarial, de cara a una regulación legal de esta figura es más idóneo no establecer **ningún requisito de forma** aunque el acreedor deberá tener en cuenta los problemas de prueba que se le pueden presentar en caso de controversia<sup>343</sup>.

Por lo demás, insistir en que para que la concesión del plazo adicional al deudor sea eficaz, es necesario que la misma haya tenido lugar una vez expirado el plazo inicialmente previsto en el contrato y que se ha de tratar de un plazo determinado, bien en cuanto a la fecha (v. gr. 31 de diciembre) bien en cuanto a la duración (v. gr. dos semanas).

<sup>342</sup> Apunta Díez-Picazo que en caso de declaración de resolución condicionada a la falta de cumplimiento en un plazo, si bien desde el punto de vista jurídico no es necesaria la posterior constatación de la falta de cumplimiento, ni la reiteración de la resolución, en la práctica puede resultar aconsejable (*Fundamentos*, II, p. 722).

<sup>343</sup> En contra de una exigencia imperativa en cuanto a la forma de notificación de la voluntad resolutoria (PANTALEÓN, "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", *A.D.C.*, 1993, pp. 1719 a 1745, p. 1733).

## V. LA FORMA DE LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE RESOLUCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

[577] Para finalizar con el estudio de la declaración de resolución nos queda determinar si dicha declaración ha de revestir o no una determinada forma.

### A. PRINCIPIO DE LIBERTAD DE FORMA DE LA DECLARACIÓN DE RESOLUCIÓN

[578] Si en algo se muestra de acuerdo la doctrina y la jurisprudencia respecto a la posibilidad de una resolución extrajudicial mediante declaración unilateral del acreedor es, precisamente, en que dicha declaración **no está sujeta a ningún requisito de forma**<sup>344</sup>.

Por lo demás, la anterior afirmación no es más que la aplicación a la declaración de resolución por incumplimiento del principio de libertad de forma que rige en nuestro ordenamiento<sup>345</sup>.

<sup>344</sup> Entendido el término forma en sentido técnico, como un medio concreto y determinado que la ley o la voluntad de las partes exigen para la exteriorización de la voluntad. (sobre las distintas acepciones del término "forma", MORALES MORENO, M. A., "Forma (D.º Civil)" en *E.J.B.*, vol. II, Madrid, 1995, pp. 3144 a 3146, p. 3144).

<sup>345</sup> Manifestación de dicho principio es el artículo 1278 CC que declara que "los contratos serán válidos cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez"; a lo que hay que añadir lo establecido en el artículo 1258 CC, conforme al cual, "Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento..." Ciertamente es que dichos preceptos se refieren al principio espiritualista en la formación del contrato (*vid.* DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 251); pero dicho principio, como principio rector de nuestro ordenamiento es aplicable a los negocios en general y sobre todo en el ámbito del Derecho de obligaciones (ROCA SASTRE, R.M., "La forma en el negocio jurídico", en *Estudios de Derecho Privado*, I, *Obligaciones y contratos*, Madrid, 1948, pp. 85 a 111, p. 100; MOZOS, J. De los., "La forma del negocio jurídico", *A.D.C.*, XXI, fascículo IV, octubre-diciembre 1968, pp. 745 a 777, p. 759 y ALBALADEJO, M., *Derecho civil I, Introducción y Parte General*, vol. 2º, "La relación, las cosas y los hechos jurídicos", 6ª ed., Barcelona, 1980, p. 345), y por analogía a la declaración de resolución por incumplimiento (En este punto, pone de relieve ALBALADEJO que la Ley 18 párrafo primero de la Compilación Navarra sí recoge una disposición general que establece que "La declaración de voluntad expresada en cualquier forma, es válida y legítima para el ejercicio de los derechos que de la misma se deriven").

## 1. La jurisprudencia y la forma de la declaración de resolución

[579] La jurisprudencia en este punto es clara e inequívoca.

Así el TS, en la STS de 5 de noviembre de 1982<sup>346</sup>, declara respecto de la resolución por incumplimiento que “[c]on independencia de sus orígenes y de las pautas seguidas en el Derecho comparado, ya otorgando exclusivo carácter judicial al remedio resolutorio (art. 1184 CC francés), bien subordinando la virtualidad de la declaración del acreedor al incumplimiento por el deudor en el plazo que discrecionalmente le fija (art. 1454 CC italiano), la doctrina jurisprudencial enseña que la facultad resolutoria puede ejercitarse en nuestro ordenamiento no sólo en la vía judicial, sino **mediante declaración no sujeta a forma dirigida a la otra parte**, a reserva -claro está- de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia cuando es impugnada (negando el incumplimiento o rechazando la oportunidad de extinguir el contrato), determinando en definitiva si la resolución ha sido bien hecha o si ha de tenerse por indebidamente utilizada -SS: de 25 de mayo 1967, 5 julio 1971, 21 mayo 1976 y 22 diciembre 1977”.

La afirmación que acabamos de transcribir será repetida en numerosas sentencias posteriores. Por ejemplo, en el considerando tercero de la STS de 8 de julio de 1983<sup>347</sup> podemos leer que las “facultades resolutorias tanto la expresa como la implícita pueden utilizarse no sólo acudiendo a la vía judicial sino *mediante declaración no sujeta a forma dirigida a la otra parte*, obviamente a reserva de que sean los Tribunales quienes examinen y sancionen su procedencia

<sup>346</sup> STS de 5 de noviembre de 1982 (RA 6528; Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García), considerando tercero de la sentencia.

<sup>347</sup> STS de 8 de julio de 1983 (RA 4203; Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García).

cuando sea impugnada -SSTS de 25 de mayo de 1967, 5 julio 1971, 21 mayo 1976, 22 diciembre 1977 y 5 noviembre 1982-“; y en términos muy semejantes, la STS de 19 de noviembre de 1984<sup>348</sup>, la STS de 28 de febrero de 1989<sup>349</sup> y la STS de 24 de octubre de 1995<sup>350</sup>, que recogiendo la jurisprudencia anterior (SSTS de 14 de junio de 1988 (RA 4875); 28 de febrero de 1989 (RA 1409); 12 de marzo de 1990 (RA 1690); 4 de abril de 1990 (RA 2694); 30 de marzo de 1992 (RA 2308) y 15 de junio de 1993 (RA 4836)) aparece en numerosas sentencias posteriores como sentencia de referencia en este asunto”<sup>351</sup>.

[580] Junto a las decisiones jurisprudenciales que acabamos de mencionar, en las que el TS expresamente declara la ausencia de requisitos formales en cuanto a la declaración de resolución, existen desde muy temprano, decisiones jurisprudenciales en las que el TS se decanta por admitir la falta de formalismo en la declaración de resolución pero sin referirse a ella expresamente.

Son muy numerosas las sentencias que, desde los primeros años de aplicación del CC, se refieren simplemente a una resolución “mediante declaración del acreedor”:

Por ejemplo, la STS de 17 de febrero de 1912<sup>352</sup> estima en su considerando segundo que la contestación del asegurado a la notificación de la reducción de capital fue suficiente para considerar resuelto el contrato; la STS de 24 de octubre de 1941<sup>353</sup> reconoce efecto resolutorio al requerimiento practicado por el suministrador en el que declara resuelto el contrato (considerando segundo) y más adelante

<sup>348</sup> STS de 19 de noviembre de 1984 (RA 5565; Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García), considerando segundo.

<sup>349</sup> STS de 28 de febrero de 1989 (RA 1409; Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda) Fundamento de Derecho tercero.

<sup>350</sup> STS de 24 de octubre de 1995 (RA 7520; Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales) Fundamento de Derecho quinto.

<sup>351</sup> Por ejemplo vid STS de 17 de febrero de 1996 (RA 1408; Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda) Fundamento de Derecho tercero.

<sup>352</sup> STS de 17 de febrero de 1912 (C.L. tomo XLI, núm. 68, pp. 519 a 529; Ponente: Excmo. Sr. D. Luciano Obaya Pedregal).

<sup>353</sup> STS de 24 de octubre de 1941 (RA 1091).

(considerando quinto) se refiere a la resolución “por declaración del acreedor” sin plantear ningún requisito en cuanto a la forma que ésta ha de revestir; también la STS de 28 de enero de 1943<sup>354</sup> alude simplemente a una resolución no judicial “por manifestación unilateral”; y la STS de 7 de enero de 1948<sup>355</sup> considera que “la manifestación hecha notarialmente por aquélla (la parte contratante que dispone de la facultad resolutoria por incumplimiento de la otra parte) de su voluntad de rescindir el contrato incumplido era eficaz para producir su resolución” (considerando tercero); o la STS de 16 de noviembre de 1956<sup>356</sup> que se limita a declarar que “la facultad resolutoria del 1124 puede ejercitarse tanto en la vía judicial como fuera de ella, por declaración del acreedor...” sin establecer nada en cuanto a la forma de dicha declaración (considerando tercero); y de forma similar muchas más sentencias, por citar algunas, STS de 24 de noviembre de 1958<sup>357</sup>; STS de 25 de marzo de 1964<sup>358</sup>; STS de 5 de julio de 1980<sup>359</sup> y todas las decisiones jurisprudenciales que esta última cita.

[581] Hasta ahora el TS no se ha cuestionado la validez de las declaraciones de resolución realizadas de forma expresa (principalmente por escrito), pero existen, además, pronunciamientos jurisprudenciales que llegan a admitir la posibilidad de **declaraciones tácitas de resolución**. Respecto de ellas es necesario precisar que, tratándose de una declaración “recepticia” es necesario que la conducta concluyente se produzca frente a aquél al que ha de comunicársele la resolución.

Así, en la STS de 25 de noviembre de 1946<sup>360</sup> se llega a admitir el ejercicio de la facultad resolutoria “como hicieron los arrendadores por voluntad, implícitamente supuesta, en sus actos de explotación

<sup>354</sup> STS de 28 de enero de 1943 (RA 121).

<sup>355</sup> STS de 7 de enero de 1948 (RA 13).

<sup>356</sup> STS de 16 de noviembre de 1956 (RA 3447; Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Bonet Ramón).

<sup>357</sup> STS de 24 de noviembre de 1958 (RA 3432; Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Rodríguez Valcárcel), Considerando primero.

<sup>358</sup> STS de 25 de marzo de 1964 (RA 1717; Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Rodríguez Valcarcel), Considerando segundo.

<sup>359</sup> STS de 5 de julio de 1980 (RA3085; Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime de Castro García), Considerando segundo.

<sup>360</sup> STS de 25 de noviembre de 1946 (C.L. 226; RA 1183, Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Ruiz Gómez).



directa del negocio de juego de pelota (considerando tercero y cuarto)". Refiriéndose a esta sentencia Díez-Picazo destaca el hecho de que admite la posibilidad de un ejercicio unilateral de la resolución que puede resultar incluso por medios tácitos o implícitos, (en el caso del pleito se considera como acto resolutorio la explotación directa del negocio de pelota vasca)<sup>361</sup>.

Con anterioridad, las SSTs de 19 de junio de 1913<sup>362</sup> y de 10 de abril de 1929<sup>363</sup> se refieren a una resolución que tiene lugar de forma tácita o implícita, si bien no son muy claras en cuanto al alcance de sus afirmaciones<sup>364</sup>. Por citar alguna sentencia reciente, la STS de 23 de marzo de 1995<sup>365</sup> también se refiere a un uso implícito de la facultad resolutoria del artículo 1124 CC.

Muy interesante es la STS de 9 de junio de 1997<sup>366</sup> en la que el TS, en el Fundamento de Derecho cuarto, en contra de la pretensión de cumplimiento del propio acreedor, dice que una cuestión que ha quedado incólume de la sentencia recurrida es que "estimó acreditado que la vendedora, ante el impago del precio por la demandada, manifestó la voluntad de recuperar la maquinaria vendida, voluntad que se reitera en carta..." a lo que el TS aprecia que "ello equivale a la opción por la resolución que es aceptada también por la compradora aunque discrepan las partes sobre cuál de ellas es la culpable del incumplimiento".

## 2. La doctrina y la forma de la declaración de resolución

[582] Quizá, el primer pronunciamiento doctrinal claramente reconocedor de una resolución "mediante declaración no sujeta a forma" sea el de Pérez González y Alguer<sup>367</sup>. Posteriormente, se han detenido en esta cuestión autores como Díez-Picazo, Ogáyar Ayllón y Delgado Echeverría quienes, apoyándose en lo que califican de reiterada

<sup>361</sup> DÍEZ-PICAZO, *Estudios sobre jurisprudencia civil*, vol. II, 2ªed., 1979, pp. 536 a 538.

<sup>362</sup> STS de 19 de junio de 1913 (C.L., tomo XLV, núm. 132, pp. 835-853; Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Pérez Vellido).

<sup>363</sup> STS de 10 de abril de 1929 (C.L., tomo CVI, núm. 187, pp. 897 a 906; Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Martínez Muñoz).

<sup>364</sup> A esta resolución tácita admitida por la jurisprudencia hace referencia CASTRO ("Rapport sur les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial. Schéma sur le Droit espagnol", en *Travaux de l'Association Henri Capitant des amis de la culture française*, XVII, 1964, pp. 95 a 104, p. 100).

<sup>365</sup> STS de 23 de marzo de 1995 (RA 2059; Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes).

<sup>366</sup> STS de 9 de junio de 1997 (RA 4730; Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Barcalá Trillo-Figueroa).

jurisprudencia, también defienden expresamente que la declaración de resolución no está sometida a ningún requisito de forma<sup>368</sup>. Sin embargo, resulta manifiesto el poco interés que la cuestión suscita en la doctrina, pues la mayoría de los autores se limitan a reconocer una resolución “por declaración del acreedor”, sin detenerse en detalles acerca de dicha declaración<sup>369</sup>.

## B. IMPORTANCIA DE LA FORMA DE LA DECLARACIÓN DE RESOLUCIÓN

[583] El hecho de que la declaración de resolución se rija por el principio de libertad de forma significa que el acreedor puede hacer la

<sup>367</sup> PÉREZ y ALGUER (Tratado, *Derecho de obligaciones*, II, 1º, 1ªed., Barcelona, 1933, p. 201, § 39.I).

<sup>368</sup> Vid. Díez-PICAZO, que cita la STS de 28 de febrero de 1989, (*Fundamentos*, II, p. 722); OGÁYAR AYLLÓN, (*Efectos que produce la obligación bilateral*, p. 106), haciéndose eco de lo que considera “reiterada jurisprudencia”; y DELGADO (en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. 1º, “Parte General. Teoría General del Contrato”, 3ªed., 1994, p. 204) que hace referencia a una copiosa jurisprudencia (que ya la STS de 16 de noviembre de 1956 considera doctrina reiterada).

<sup>369</sup> Así por ejemplo, MANRESA (*Comentarios al Código civil español*, 1967, pp. 417-418) se refiere a una jurisprudencia que en repetidas sentencias ha reconocido que la resolución puede tener lugar por declaración del acreedor, sin añadir más calificativos a dicha declaración (transcribe lo expresado por el TS en STS de 24 de octubre de 1941, que a su vez cita las STS de 17 de febrero de 1912, 19 junio 1913 y 10 abril de 1929); PINTÓ RUIZ (“En torno a la llamada condición resolutoria tácita (art. 1124 CC) [continuación]”, *R.J.C.*, 1953, pp. 424 a 446, p. 430) que cita la STS de 24 de octubre de 1941 y la STS de 28 de enero de 1943; también CLEMENTE DE DIEGO (*Instituciones de Derecho civil español*, tomo II, *Derecho de obligaciones. Contratos. Derecho de familia*, 1959, pp. 57-58) se limita a afirmar que en nuestro Derecho no se precisa más que la declaración de voluntad del titular del derecho de resolución y en su apoyo cita la STS de 24 de octubre de 1941; Refiriéndose a la primera jurisprudencia que se limitaba a reconocer una resolución por declaración del acreedor, señala VICENTE y GELLA que aunque en las sentencias del TS parece aludirse a una declaración o manifestación privada del acreedor “no aparece claramente cómo ha de hacerse aquella” (“El Término esencial”, *Revista de Derecho Mercantil*, 1949, vol. VIII, núm. 22, pp. 7 a 41, p. 28); CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral*, III, “*Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*”, 11ªed., pp. 114 y 115, que a las Sentencias del Tribunal Supremo citadas por los anteriores añade otras como las SSTs de 28 de enero de 1943, de 7 de enero de 1948, de 19 de noviembre de 1949, de 6 de octubre de 1967 y de 5 de julio de 1971); LACRUZ, (*Elementos de Derecho civil*, II, *Derecho de obligaciones*, vol. 1º, *Parte General. Delito y cuasidelito*, 1ª ed., 1977, p. 121); ÁLVAREZ VIGARAY dice que así lo ha admitido la doctrina (*La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, p. 228), pero considera todavía más evidente la propia jurisprudencia (pp. 229 y ss); DELL’AQUILA afirma que existe un “extremo liberalismo” en cuanto al medio técnico para que tenga lugar la resolución, refiriéndose a una resolución “por simple declaración unilateral” (*La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, p. 175); PANTALEÓN se refiere a una “declaración recepticia” (“Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *A.D.C.*, XLVI, 1993, pp. 1719-1745, p. 1731); y CLEMENTE MEORO se refiere a la

declaración de resolución de forma verbal, escrita e incluso de forma tácita y transmitirla por cualquier medio de comunicación. Este principio opera con carácter general, **independientemente de la forma que haya revestido el contrato al que afecta**<sup>370</sup>.

[584] A pesar de esta ausencia de formalismo y de la libertad de la que goza el acreedor, es importante que el acreedor, a la hora de elegir la

---

notificación de la resolución por parte del acreedor, sin añadir ninguna apreciación sobre la forma de la misma (*La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, § 21, núm. 62).

<sup>370</sup> Al igual que la declaración de resolución, la figura del “desistimiento unilateral sin justa causa o *ad nutum*” consiste en una facultad que se ejerce por la sola voluntad de su titular, a través de una declaración unilateral recepticia que se rige por el principio de libertad de forma. Dicha facultad está prevista en numerosas normas de protección de consumidores: así, por ejemplo, en el ámbito de la *Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles*, se establece en su artículo 3 la necesidad de que el contrato conste por escrito, mientras que el artículo 5.2 declara que el “derecho de revocación”, sin alegar justa causa del consumidor, no está sujeto a forma y añade que “(e)n todo caso se considerará válidamente realizada (la revocación) cuando se lleve a cabo mediante el envío del documento de revocación a que se refiere el artículo tercero o mediante la devolución de las mercancías recibidas” (el artículo 5º.1 de la *Directiva del Consejo 85/577/CEE, de 20 de diciembre de 1985, referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales*, se refiere a un derecho de renuncia del consumidor “mediante el envío de una notificación”; el artículo 9.4 de la *Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados*, prevé un derecho de desistimiento por parte del consumidor, que no está sometido a ningún requisito formal; y el artículo 44.2 de la *Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista*, establece que “el ejercicio del derecho de desistimiento no estará sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite de cualquier forma admitida en derecho”. Recientemente el *Real-Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación*, en su artículo 4 regula el “derecho de resolución” del que dispone el adherente para resolver el contrato en un plazo de siete días hábiles sin incurrir en penalización ni gasto alguno. Declara este precepto que “(e)l ejercicio del derecho a que se refiere este apartado no estará sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite en cualquier forma admitida en derecho”. Excepcionalmente, el legislador ha establecido expresamente unos requisitos formales: así sucede en la *Ley 42/1998 de 15 de diciembre sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias*, cuyo artículo 10 apartado tercero, después de establecer que la notificación del desistimiento al propietario o promotor “podrá hacerse por cualquier medio que garantice la constancia de la comunicación y de su recepción, así como de la fecha de su envío”, declara que “si el contrato se celebra ante notario en el caso del artículo 14.2, el desistimiento deberá hacerse constar en acta notarial. Ésta será título hábil para reinscribir el derecho de aprovechamiento a favor del transmitente.” (en la exposición de motivos III de la ley se justifica esta exigencia formal de acta notarial “como documento público equivalente a la escritura en la que se ha formalizado el contrato sobre un aprovechamiento por turno); También la *Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles* establece cierta formalidad al determinar en su artículo 9 que el consumidor podrá desistir (hacer uso de la facultad de desistimiento) “comunicándolo mediante carta certificada u otro medio fehaciente al vendedor”.

Esta libertad de forma en la declaración de resolución contrasta con lo que sucede en el ámbito del mutuo disenso, que tratándose de un nuevo acuerdo de las partes para dejar sin vigor el contrato anterior, está sometido a los mismos requisitos de forma que el contrato al que afecta (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos II*, p. 904 y CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, J.I., *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, Barcelona, 1990, pp. 30 y 31).

forma y el medio que se va a emplear para comunicar la voluntad resolutoria se asegure la **posibilidad de probar la existencia de la voluntad resolutoria y su recepción por el deudor**<sup>371</sup>, ya que será el acreedor que ha realizado la declaración de resolución quien normalmente correrá con la carga de probar la existencia de la declaración y su recepción por parte del deudor. Por ello, se recomienda que se elijan determinados medios que faciliten dicha prueba, en concreto, aquellos medios que le permitan demostrar al acreedor, no sólo la existencia de la voluntad resolutoria, sino su comunicación a la otra parte contratante.

En este sentido se ha afirmado que la forma más segura de efectuar la declaración de resolución es a través de un **acta notarial de notificación de la resolución** (art. 202 del RN). La notificación se caracteriza porque contiene una doble intencionalidad: da a conocer (presunción de conocimiento por el notificado del contenido de la notificación) y establece una prueba de su realización (mediante la notificación se obtiene una prueba material de las circunstancias de la misma), con lo que no se planteaban problemas en cuanto a la misma<sup>372</sup>. Y, aunque no se trata de un medio habitual de comunicación, lo cierto es que se suele recurrir a él cuando fallan la buena fe y la mutua confianza o cuando se da una situación de crisis como puede ser la de incumplimiento

<sup>371</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, II, p. 722; OGÁYAR AYLLÓN afirma que la notificación del acreedor al deudor de su voluntad de resolver la relación obligatoria "debe hacerse de un modo fehaciente para que no exista después dudas sobre esta voluntad" (*Efectos que produce la obligación bilateral*, p. 106); JORDANO FRAGA, señala que aunque en el ámbito del artículo 1124 CC la declaración de resolución puede hacerse sin sujeción a formalidad alguna, como es natural, el declarante se asegurará de que su voluntad resolutoria pueda probarse luego (*La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código civil*, 1992, p. 38).

<sup>372</sup> Así apunta LÓPEZ MERINO, F., *La notificación en el ordenamiento jurídico español*, 2ª ed., Granada, 1989, p. 104 que define la notificación como "especie de comunicación -cuyo fin como tal es dar a conocer- que tiende a asegurar y a acreditar que un sujeto (notificador) ha dado a conocer (proceso informativo) un hecho o un acto jurídico o ambas cosas a la vez y, en su caso, una información complementaria (contenido) a otro sujeto singular y determinado o determinable

contractual. Una muestra de ello nos la proporcionan la mayoría de las decisiones jurisprudenciales citadas en el apartado anterior, el acreedor había hecho saber al deudor su voluntad de resolver a través de un requerimiento notarial.

Sin embargo, es importante resaltar, que si bien es útil acudir a esta forma de declaración, ello no es necesario, basta con que el declarante se asegure la posibilidad de probar la existencia de la comunicación de la resolución al deudor (dicho en otras palabras, que se asegure la constancia de la comunicación y de su recepción por el deudor), que siempre será más fácil por medios escritos que orales, sin olvidar los nuevos medios que ofrece la técnica (télex, fax, correo electrónico)<sup>373</sup>.

[585] A la hora de elegir la forma en la que se manifiesta la voluntad resolutoria, el acreedor también ha de tener en cuenta **si con la forma elegida existe posibilidad de retirada de la declaración** de resolución antes de que ésta sea efectiva. Cuanto más rápido sea el medio de comunicación elegido, más difícil será conseguir que la declaración de voluntad dirigida a dejar sin efecto la anterior voluntad resolutoria llegue antes o al mismo tiempo que la primera (*v.gr.* frente a una declaración de resolución emitida por fax, una llamada de teléfono inmediata puede tener efecto).

---

(destinatario) valiéndose de un régimen jurídico peculiar que facilita la consecución de dicha finalidad o propósito”.

<sup>373</sup> Entre ellos goza de un reconocimiento general el enviado por correo con acuse de recibo. A lo que hay que añadir el telegrama enviado con acuse de recibo (respecto del cuál señala GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C., que “no cabe negar a este último la condición de carta o escrito exigido por la ley, siempre que se haga con acuse de recibo que justifique en su día, si fuere preciso, la recepción del mismo, que sea detallada, es decir, con indicación precisa del objeto de la notificación y, por último, que se practique en el lugar adecuado... La notificación telegráfica, cuando reúne tales requisitos, es “fehaciente” ya que por sí misma y de modo indubitado permite constatar que se ha realizado y que su contenido llegó al destinatario” (“Notificación (D.º Civil)”, *E.J.B.*, vol. II, Madrid, 1995, pp. 4449 a 4451, p. 4451). Pero es necesario hacer una precisión y es que en ella no consta la firma del otorgante con lo que al destinatario le pueden surgir dudas respecto de la autenticidad de la misma).

### **C. LA FORMA DE LA DECLARACIÓN DE RESOLUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO**

[586] El principio de libertad de forma que rige en nuestro ordenamiento es común a lo previsto en las normas de Derecho uniforme y en algunos Derechos nacionales; a pesar de ello, existen ordenamientos internos que establecen determinados requisitos de forma para la declaración de resolución. Veámoslos por separado.

#### **1. Legislaciones que no establecen requisitos formales para la declaración de resolución**

[587] En **Derecho alemán** —pionero en el reconocimiento de la resolución por incumplimiento mediante declaración unilateral del acreedor—, el § 349 BGB establece que la resolución se produce mediante declaración dirigida a la otra parte<sup>374</sup>. La doctrina alemana se ha encargado de precisar que dicha declaración de resolución **no está sometida a requisitos formales**, y que la ausencia de formalismo se mantiene incluso en caso de resolución de negocios formales<sup>375</sup>. La cuestión de la forma de la declaración de resolución no ha sido objeto de discusión ni en el intento de reforma de 1992 ni en la preparación de la reforma del BGB de 2001, de tal manera que el § 349 permanece intacto.

A pesar de la ausencia de formalismo, no existe ningún obstáculo para que las partes pacten que la declaración de resolución se haga de forma escrita, que es de hecho la que se emplea en la práctica, puesto

---

A todos estos medios de comunicación se les ha unido recientemente el "burofax" que permite dejar constancia tanto de la comunicación efectuada como de su contenido.

<sup>374</sup> § 349 BGB: "Der Rücktritt erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile".

<sup>375</sup> JANBEN, "§ 349 BGB", núm. 1, en *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, II, *Schuldrecht A.T.*, (§§ 241-432), 3ªed., 1994, pp. 1414 a 1416 y FÖRSCHLER, H., "§ 125 BGB", núm.

que facilita la prueba. El BGB define en su § 126 qué se entiende por la forma legal escrita, que no necesariamente coincide con la forma escrita convencionalmente establecida, sino que según lo establecido en el § 127 BGB es menos exigente pues se cumple con ella a través de una comunicación telegráfica, a la cual se equipara la que se realiza por télex.

[588] El moderno Derecho uniforme tampoco establece requisitos de forma para la declaración de resolución.

Así, el artículo 26 de la CISG se limita a declarar que la resolución tiene lugar mediante comunicación dirigida a la otra parte; su paralelismo con lo previsto en el § 349 BGB ha sido puesto de relieve por la doctrina<sup>376</sup>. El artículo 26 CISG no determina cómo ha de ser dicha comunicación, simplemente exige que ésta tenga lugar, sin señalar una forma determinada. En inglés se emplea el término “notice”, que pudiera sugerir algún tipo de notificación formal o escrita. La doctrina ha aclarado que en ningún caso es éste el significado pretendido, la historia legislativa del precepto así lo evidencia<sup>377</sup>. En UNCITRAL se planteó y rechazó expresamente la propuesta de que la declaración de resolución se realizara mediante una notificación escrita o que, alternativamente, fuera acompañada de una declaración escrita y se decidió el mantenimiento del artículo 26 en su redacción actual por lo que se presume que la Comisión entendió que el término “notice” no se refería exclusivamente a comunicaciones escritas. La declaración de resolución

---

15, en *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, I, *Einleitung und A.T.I* (§§ 1-240. *AGB-Gesetz*), 3ª ed., Munich, 1993, pp. 1007 a 1032.

<sup>376</sup> AUDIT, *La vente internationale de marchandises*, 1990, p. 131; KAROLLUS, “Art. 26”, núm. 6, en Honsell, (Hrgs.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, 1997, pp. 277 a 286; y CABANILLAS “Art. 26”, en *La Compraventa Internacional de mercaderías*, pp. 223 a 226, p. 225.

<sup>377</sup> DATE-BAH, “Art. 26” en Bianca/Bonell, *Commentary on the International Sales Law*, pp. 222 a 225, p. 224; y, en el mismo sentido, CABANILLAS, “Art. 26”, en *La Compraventa Internacional de mercaderías*, pp. 225-226).

en la CISG puede hacerse de forma oral o escrita, e incluso se ha defendido la posibilidad de una declaración tácita<sup>378</sup>.

Si bien el principio es libertad de forma en la declaración de resolución, como apunta Leser, si el contrato o los usos prescriben algún tipo de forma concreta, ésta debe ser observada por las partes<sup>379</sup>.

[589] Los Principios de UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales, también responden a esta ausencia de formalismo. El artículo 7.3.2 *UNIDROIT Principles* declara que el derecho a dar por terminado el contrato por incumplimiento “se ejercitará mediante una comunicación a la otra parte”. Por su parte, el artículo 1.9 *UNIDROIT Principles* aclara que las “comunicaciones”, sean del tipo que sean, no se encuentran sujetas a ningún requisito especial de forma, únicamente, que se hagan “por cualquier medio apropiado según las circunstancias”<sup>380</sup>.

[590] Por último, los Principios de Derecho europeo de los contratos, siguiendo la línea marcada por los textos uniformes anteriores,

<sup>378</sup> Vid. CABANILLAS, (“Artículo 26”, en *La Compraventa Internacional de mercaderías*, p. 225), quien pone de relieve que incluso es posible que la declaración de resolución tenga lugar por actos concluyentes (p. 226). LESER (“Art. 26”, núm. 10, en Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of goods (CISG)*, 2ªed., pp. 186 a 190) se muestra en principio cauteloso, y afirma que no está claro si la comunicación ha de ser expresa o si puede estar implícita en la conducta, pero acaba afirmando que en general el concepto de “notice” también abarca conductas implícitas, aunque reconoce que hay opiniones encontradas. También HUBER (“Art. 49” núm. 29, en Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of goods (CISG)*, 2ª ed., pp. 414 a 436) admite una declaración tácita si el comportamiento es lo suficientemente claro.

Sin embargo KAROLLUS (“Art. 26”, núm. 11, Honsell(Hrgs.), *Kommentar zum UN-Kaufrecht*, pp. 277 a 286) después de afirmar que se ha discutido sobre si el artículo 26 requiere siempre una declaración concreta o si ésta puede desprenderse de un comportamiento concluyente, llega a la conclusión de que si el objetivo que se persigue es evitar la inseguridad sobre el mantenimiento del contrato, debería seguirse la primera opinión. Lo importante según este autor es la necesidad de que exista claridad en la declaración, por lo que se deben excluir todos aquellos casos en los que únicamente existe un comportamiento de hecho sin que se le pueda conceder un valor declarativo; a continuación (núm. 12) afirma que según lo expuesto, el art. 26 CISG exige una expresión oral que además debe ser inequívoca y tener valor de declaración de que con ella el contrato se debe de resolver.

<sup>379</sup> LESER, “Art. 26”, núm. 8, en Schlechtriem, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of goods (CISG)*, 2ªed., pp. 186 a 190.

<sup>380</sup> UNIDROIT, *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, p. 23.



establecen en el artículo 9:303 (1) *PECL* que el derecho a dar por terminado el contrato en caso de incumplimiento ha de ejercitarse mediante comunicación dirigida a la otra parte<sup>381</sup>. En cuanto a la forma en la que ha de realizarse la comunicación, el artículo 1:303 (1) *PECL* declara que las comunicaciones debe realizarse por cualquier medio apropiado según las circunstancias; expresamente admite que se realicen por escrito o de cualquier otra manera<sup>382</sup>. En los comentarios al precepto se propone que determinadas comunicaciones de cierta importancia — dentro de las que se pueden incluir la declaración de resolución— puede ser apropiado el recurso a la forma escrita (que incluye las hechas por telegrama, télex, fax, correo electrónico y cualquier otro medio capaz de suministrar un registro legible de la declaración; art. 1:301 (6) *PECL*)<sup>383</sup>.

Además, la comunicación de la resolución puede tener lugar mediante la declaración expresa de la voluntad de resolver, bien mediante el rechazo de la oferta de cumplimiento<sup>384</sup>.

## 2. Legislaciones que prevén la forma escrita para la declaración de resolución

[591] A pesar de que son más numerosas las legislaciones que se decantan por la libertad de forma de la declaración de resolución, no faltan algunas que establecen especiales requisitos de forma, si bien no muy complejos.

---

<sup>381</sup> Conforme a lo previsto en el artículo 9:303 (4) *PECL* no será necesaria la comunicación para que tenga lugar la terminación del contrato por incumplimiento, cuando el incumplimiento del contratante sea excusable en virtud del artículo 8:108 *PECL* por la existencia de un impedimento total y permanente; en ese caso la terminación del contrato se producirá de forma automática, desde el momento en que tiene lugar el impedimento.

<sup>382</sup> Artículo 1:303 (1) *PECL*: "Any notice may be given by any means, whether in writing or otherwise, appropriate to the circumstances."

<sup>383</sup> LANDO/BEALE, *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, p. 129.

<sup>384</sup> Así se afirma en el comentario al artículo 9:303 *PECL* (LANDO/BEALE, *Principles of European Contract Law. Parts I and II*, p. 175).

Así por ejemplo el Código italiano de 1942, que en el artículo 1454 CC excluye la necesidad de un pronunciamiento judicial para que tenga lugar la resolución a través del mecanismo de la *diffida ad adempiere*<sup>385</sup>, exige como requisito esencial de eficacia que ésta **tenga lugar por escrito**<sup>386</sup>. Aunque la exigencia de forma escrita no prescribe la necesidad de su notificación por medio de oficial judicial, hay autores que aconsejan el recurso a ellos por razones de prudencia<sup>387</sup>.

También el reciente Código civil holandés prevé, en su artículo 6:267, que la declaración de resolución extrajudicial tenga lugar **por escrito**.

[592] Esta exigencia de forma establecida en algunos Derechos internos puede tener un significado positivo. Por un lado, el requisito de la forma escrita no presenta especiales inconvenientes para el acreedor y, a cambio, proporciona importantes ventajas, de cara por ejemplo, a la prueba de sus existencia. De tal forma que aunque la tendencia parece ser la contraria, no se puede decir que lo previsto en el Código civil italiano y en el Código civil holandés sea demasiado oneroso para el acreedor que pretende resolver.

<sup>385</sup> *Vid. supra* § sobre plazo cumplimiento.

<sup>386</sup> En este sentido señala NATOLI que basta con que se haga por carta debidamente suscrita ("*Diffida ad adempiere*", *Enciclopedia del Diritto*, pp. 509 a 511, p. 510).

Por lo que respecta al fundamento o razón de esta exigencia, la doctrina afirma que la misma se debe exclusivamente a la exigencia de proteger la certeza del deudor intimado y no tanto para poner sobre aviso al intimante de las consecuencias del acto que realiza (COSTANZA, "Art. 1454", "Art. 1454 Codice civile", en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Libro quarto: Delle Obligazioni. Della Risoluzione per Inadempimento*, I,1, "Arts. 1453 a 1454", pp. 431 a 448, p. 442).

<sup>387</sup> COSTANZA, "Art. 1454", "Art. 1454 Codice civile", en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, Libro quarto: Delle Obligazioni. Della Risoluzione per Inadempimento*, I,1, "Art. 1453 a 1454", pp. 431 a 448, p. 441 y NATOLI, "*Diffida ad adempiere*", *Enciclopedia del Diritto*, XII, pp. 509 a 511, p. 509 que señala que con ello se facilita la prueba.

En cambio el Proyecto ministerial del libro de las obligaciones, en sus artículos 253 y 254 establecía la notificación mediante *Ufficiale Giudiziario* (NATOLI, "*Diffida ad adempiere*", p. 509).

**D. CASOS EN LOS QUE LA DECLARACIÓN DE RESOLUCIÓN DEBE CUMPLIR DETERMINADOS REQUISITOS DE FORMA**

[593] A pesar de que la regla en nuestro Derecho es la libertad de forma en la declaración de resolución, en determinados casos puede resultar útil el establecimiento de requisitos de forma. Dichos requisitos formales no deben ser contemplados como obstáculos al ejercicio de su derecho por parte del acreedor sino que normalmente tienen un carácter razonable, sin graves inconvenientes para el acreedor que realiza la declaración y cumplen una función importante: facilitan y dan mayor seguridad sobre la existencia y contenido de la declaración; proporcionan seriedad a la propia declaración, facilitan la prueba de la declaración y, en ocasiones, constituyen un medio de publicidad para terceros<sup>388</sup>.

A pesar de la utilidad de la forma, el **principio de libertad de forma** de la declaración de resolución estará **vigente en tanto la ley o la voluntad de las partes no dispongan otra cosa**.

**1. Supuesto de exigencia legal de resolución mediante notificación judicial o notarial: el artículo 1504 CC**

[594] En caso de compraventa de bienes inmuebles, según lo dispuesto en el artículo 1504 CC, el derecho de resolución del que dispone el vendedor como consecuencia de la falta de pago del precio debe realizarse mediante **requerimiento judicial** o por **acta notarial**.

Existen opiniones encontradas respecto a la razonabilidad de esta exigencia formal, si bien son mayoritarias las opiniones favorables a la

<sup>388</sup> En este punto resulta interesante la exposición que con carácter general hace ROCA SASTRE de la función útil y racional que puede desempeñar una exigencia formal ("La forma en el negocio jurídico" en *Estudios de Derecho privado*, I, *Obligaciones y contratos*, 1948, pp. 85 a 111, pp. 96 a 98). Y DÍEZ-PICAZO (*Fundamentos*, I, pp. 249 y 250).

misma. Mientras Jordano Fraga considera que con ella el legislador asegura la meditación o reflexión de la voluntad resolutoria del vendedor y la fehaciencia de esa voluntad resolutoria y Roca Sastre, en términos semejantes, afirma que, “(e)s muy acertado haber la ley impuesto la forma pública judicial o notarial a los presentes efectos, pues de este modo queda fuera de duda el hecho de la opción resolutoria del vendedor. La trascendencia resolutoria del caso impone absolutamente seguridad en tal decisión o actitud, y nada mejor es que quede debidamente autenticada la misma”<sup>389</sup>; Pantaleón Prieto propone la desaparición del artículo 1504 CC “porque estim(a) insensato hacer imperativamente formal la notificación de la voluntad resolutoria”<sup>390</sup>.

#### a. La forma judicial de notificación de la resolución

[595] El propio artículo 1504 CC declara que el **requerimiento** puede ser *judicial*. Sin embargo no explica cuál es el procedimiento a seguir, si se opta por esta forma de requerimiento. A pesar de esta falta de precisión, en la práctica normalmente consistirá en el *acto de conciliación* en el que el vendedor manifieste su voluntad de no aceptar el pago, y de resolver la relación<sup>391</sup>.

<sup>389</sup> JORDANO FRAGA, *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código civil*, p. 38; ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral*, 8ªed., III, 1995, p. 439.

<sup>390</sup> PANTALEÓN, “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”, *A.D.C.*, XLVI, fascículo IV, 1993, pp. 1719 a 1745, p. 1733; se ha adherido a esta propuesta DÍAZ MORENO, A., que propone de *lege ferenda* la comunicación por cualquier medio que permita dejar constancia de haberse dado tal noticia (“El artículo 1504 del Código civil. Resolución unilateral y privada del contrato. Comentario a la STS de 29 de abril de 1998” (Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros; RA 3269)”, *RdPat*, núm. 2, 1999, pp. 155 a 160, p. 160).

<sup>391</sup> Como señala BADÍA el requerimiento judicial por acto de conciliación se ha de seguir admitiendo a pesar de que la reforma de 1984 de la LEC haya suprimido este acto como requisito previo de la demanda y lo haya pasado a la categoría de potestativo. Además, añade este autor, “no se me alcanza ver otra forma de requerimiento judicial, pero el artículo 1504, al hablar de «judicialmente» sin más, no excluye otros tipos de este requerimiento que sean posibles” (BADÍA SALILLAS, “En torno al

De este aspecto se ha ocupado especialmente la jurisprudencia, así, por ejemplo, el Tribunal Supremo ha admitido *la papeleta de conciliación*, en la STS de 30 de octubre de 1956<sup>392</sup> cuyo considerando tercero declara que “es plenamente eficaz la comunicación hecha por todos los demandantes al comprador demandado, en el acto de conciliación de 29 de julio de 1950, dando por resuelto el contrato, pues en él se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 1504 del CC, toda vez que la falta de pago del precio estipulado está reconocida por el comprador y es suficiente el acto de conciliación preliminar de la litis para hacerla”. En el mismo sentido se pronuncian numerosas decisiones jurisprudenciales.

Por ejemplo: la STS de 25 de mayo de 1984 que reconoce el acto de conciliación como requerimiento judicial a efectos del artículo 1504 CC<sup>393</sup>. La STS de 27 de mayo de 1985 afirma que el requerimiento judicial practicado mediante acto de conciliación está “integrado en principio por el acto de citar al deudor con la papeleta que previene tal Ley (se refiere a la LEC), en la cual puede contenerse la voluntad resolutoria del contratante dirigida al demandado deudor, quien de ella tendrá cabal conocimiento al recibir, con la citación judicial para el acto, la copia de dicha papeleta (dando fe el Secretario de ello), cumpliéndose así el carácter recepticio del requerimiento, que consiguientemente no operará si la citación y entrega de la papeleta no ha podido realizarse en la forma que la ley procesal manda (artículo 467 LEC)”<sup>394</sup>; la STS de 22 de octubre de 1985<sup>395</sup>, la STS de 26 de

---

artículo 1504 del Código civil: requerimiento, resolución y transmisión del derecho del vendedor”, en *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, 1985, pp. 39 a 66, p. 48).

<sup>392</sup> STS de 30 de octubre de 1956 (RA 3425).

<sup>393</sup> STS de 25 de mayo de 1984 (RA 2547; Ponente: Excmo. Sr. D. Cecilio Serena Velloso), considerando quinto. Si bien, en el caso de autos se había practicado un requerimiento notarial.

<sup>394</sup> STS de 27 de mayo de 1985 (RA 2814; Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos de la Vega Benayas), considerando sexto. En el caso concreto no se pudo hacer la citación (ni entregar por tanto las papeletas de conciliación) a la compradora incumplidora “por no ser hallada y vivir en Francia”, por lo que el contenido resolutorio de las papeletas de conciliación no llegó a conocimiento de la destinataria, que sólo tuvo conocimiento de la voluntad resolutoria de la vendedora cuando mediante el emplazamiento por edictos, se personó en el proceso y conoció la demanda resolutoria interpuesta contra ella. Como con anterioridad a ese momento ella había hecho un ofrecimiento de pago que al ser rechazado por la vendedora fue consignado, evitó la posible resolución contractual amparándose en el artículo 1504 CC.

<sup>395</sup> STS de 22 de octubre de 1985 (RA 4963; Ponente: Excmo. Sr. D. Jaime Santos Briz), que en el Fundamento de Derecho cuarto, considera que se cumple con el requisito del requerimiento judicial cuando el vendedor cita para acto de conciliación al comprador, manifestando su voluntad de resolver el contrato. Cita la STS de 7 de julio de 1911.

enero de 1988<sup>396</sup>, y la STS de 12 de junio de 1989<sup>397</sup> declara que el vendedor dio cumplimiento a lo establecido en el artículo 1504 Cc, con los dos actos de conciliación a través de los cuales hizo saber al comprador que daba por resuelto el contrato de compraventa. Y en su Fundamento de Derecho 6º lo justifica: "Admitida por jurisprudencia uniforme de esta Sala -SSTS de 30 de octubre de 1984; 26 de febrero de 1985; 1 de junio de 1987; 26 de enero de 1988, entre otras- la idoneidad del requerimiento realizado por acto de conciliación a los efectos resolutorios prevenidos en el artículo 1504 del Cc, y siendo dicho requerimiento o notificación (cualquiera que sea la forma, judicial o notarial, que el mismo revista) un acto jurídico integrado por una declaración unilateral y recepticia de voluntad, encaminada a la resolución del contrato de compraventa y obstativa del pago posterior del precio por el comprador".

[596] A los fines del requerimiento resolutorio exigido en el artículo 1504 CC, el TS se ha pronunciado a favor de la **validez del requerimiento por acto de conciliación practicado ante juez incompetente por razón del territorio.**

En este sentido, la STS de 26 de febrero de 1985<sup>398</sup> después de poner en claro que la *ratio decidendi* de la sentencia impugnada consiste en estimar que no ha existido requerimiento resolutorio ex artículo 1504 CC por haberse realizado ante Juzgado territorialmente incompetente<sup>399</sup>, rechaza dicha solución, anula la sentencia y en segunda sentencia declara que cumplido lo previsto en el artículo 1504 CC procede declarar la resolución del contrato de compraventa. El TS expone una serie de argumentos para reconocer la validez del requerimiento por acto de conciliación ante juez incompetente por razón de territorio<sup>400</sup>, entre ellos destacamos los siguientes:

<sup>396</sup> STS de 26 de enero de 1988 (RA 147; Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Latour Brotons), FD segundo.

<sup>397</sup> STS de 12 de junio de 1989 (RA 4423; Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales).

<sup>398</sup> STS de 26 de febrero de 1985 (RA 775; Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos de la Vega Benayas).

<sup>399</sup> El artículo 463 LEC sólo atribuye competencia en la conciliación, a los jueces del domicilio, o en su defecto, de la residencia del demandado.

<sup>400</sup> Considerando quinto de la primera sentencia.

- a) el artículo 1504 Cc al prever el requerimiento obstativo al pago permite como una de sus formas la judicial, esto es, a través del juez sin más requisitos, naturalmente, en cuanto la intención de la norma es simplemente la de exigir el requerimiento o traslado del mismo a una parte contratante no procesal.
- b) La Jurisprudencia es la que ha asimilado a tal forma de requerimiento el practicado mediante conciliación “es decir, al acto de citar al deudor con la papeleta que previene la Ley procesal para tal acto.
- c) La finalidad del requerimiento es notificar la voluntad resolutoria. Si la citación con el traslado de la copia de la papeleta llega al conocimiento del comprador, como así ha de ser, aquélla finalidad se ha cumplido, sea o no sea competente, por razón del territorio, el juez conciliador, “amén que la actuación de éste no va a ser preprocesal, sino, de hecho y civilmente, de garantía o fehaciencia, como muestra clara de otra de las funciones que puede cumplir la normativa conciliadora.
- d) Justamente, la precisión legal de entrega por parte del Secretario del Juzgado, de la papeleta, convierte tal notificación en real y auténtica, indubitable, circunstancia cumplida en cuanto que en el acta que se acompaña con la demanda se hace constar por el fedatario que los demandados requeridos fueron «citados en forma legal», lo que a su vez da cumplimiento al requisito de la recepción.

- e) *Ex abundantia* o por analogía, este es el criterio que sigue la jurisprudencia respecto al efecto de la conciliación y su eficacia para interrumpir la prescripción<sup>401</sup>.

[597] Sin embargo, el TS ha declarado que no se cumple con los requisitos exigidos por el artículo 1504 CC si ante el impago del comprador, el vendedor procede directamente a presentar una demanda instando la resolución. Según el TS **el requerimiento resolutorio exigido por el artículo 1504 CC no puede ser suplido por la demanda de resolución.**

Así, por ejemplo, frente al recurso que pretende dar naturaleza de requerimiento judicial a la demanda de resolución, la **STS de 6 de mayo de 1991**<sup>402</sup> afirma que: “contradice a la más ponderada doctrina de la Sala –STS de 30 de diciembre de 1955 y 28 de febrero de 1980-, pues la necesidad del requerimiento preliminar –una vez que la obligación adquiere naturaleza de exigibilidad y con efectos intimidatorios-, tiende a que el comprador no ponga obstáculos a la resolución de la misma y su consiguiente extinción. Esta función evidentemente no la cumple la demanda judicial planteada...”<sup>403</sup>.

En términos semejantes se expresa la **STS de 22 de noviembre de 1994**<sup>404</sup> cuando declara que “la resolución de la acción ejercitada ex artículo 1504 Cc exige el requisito específico del requerimiento que esta norma establece, sin que quepa... tenerlo por cumplido con la demanda iniciadora del proceso resolutorio, ya que, en tal caso, no se cumple con el carácter receptivo del requerimiento que exige el repetido artículo

<sup>401</sup> Posteriormente, la STS de 28 de abril de 1989 (RA 3275; Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo Fernández-Cid de Temes) insiste en la validez a efectos del artículo 1504 CC del emplazamiento y citación para el acto de conciliación presentado ante juzgado incompetente por razón del territorio. En su argumentación el TS hace referencia a “la jurisprudencia reiterada y constante”.

<sup>402</sup> STS de 6 de mayo de 1991 (RA 3563; Ponente: Excmo. Sr. D. Alfonso Villagómez Rodil).

<sup>403</sup> Fundamento de Derecho segundo.



1504 (el cual tiene lugar, en cambio en el acto de conciliación, al tener el deudor cabal conocimiento de la decisión resolutoria al recibir, con la citación judicial, copia de la correspondiente papeleta bajo la fe del actuario)”<sup>405</sup>.

Y, más recientemente, la STS de 10 de junio de 1996<sup>406</sup> confirma esta jurisprudencia al declarar que su Fundamento de Derecho primero que el artículo 1504 CC “exige que el vendedor haya efectuado previamente requerimiento judicial o notarial en el que manifieste la voluntad de dar por resuelto el contrato; igualmente *la jurisprudencia ha dicho repetidamente que no tiene el carácter de requerimiento previo el efectuado mediante la presentación de la demanda*”.

Frente a esta afirmación jurisprudencial, consideramos que goza de un mayor fundamento la opinión sostenida por algunos autores conforme a la cual, no existe ningún inconveniente legal para considerar que cuando el vendedor en juicio declarativo presenta demanda solicitando al juez que declare la resolución, cumple con ello con la forma judicial establecida en el artículo 1504 Cc<sup>407</sup>. Como afirma Mullerat, si el fundamento de dicho precepto es perseguir la seguridad en la resolución y que de forma solemne y clara se exprese la voluntad de

---

<sup>404</sup> STS de 22 de noviembre de 1994 (RA 9159; Ponente: Rafael Casares Córdoba).

<sup>405</sup> Fundamento de Derecho tercero.

<sup>406</sup> STS de 10 de junio de 1996 (RA 5363; Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta).

<sup>407</sup> Aunque la doctrina se suele limitar a recoger dicha jurisprudencia (v. gr. BADÍA, “En torno al artículo 1504 del Código civil: requerimiento, resolución y transmisión del derecho del vendedor”, en *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, 1985, pp. 39 a 66, p. 48), existe un número importante de autores que reconocen plena validez a la demanda de resolución para cumplir con el requerimiento resolutorio que exige el artículo 1504 CC (BADENES GASSET, *El contrato de compraventa*, II, Barcelona, 1979, p. 866, e insiste en la 3ª ed., 1995, pp. 835 y 836; GARCÍA CANTERO “Artículo 1504”, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, XIX, “Artículos 1445 a 1541 del Código civil”, 2ª ed., 1991, p. 466); MULLERAT, “El pacto comisorio en las compraventas de inmuebles (Art. 1504 del Código civil)”, *A.D.C.*, XXIV, 1971, pp. 481 a 529, pp. 509 y 510).

no aceptar un pago posterior, el escrito de demanda debería admitirse como instrumento útil para la eficaz realización del requerimiento<sup>408</sup>.

**b. La forma notarial de notificación de la resolución**

[598] Por lo que respecta a la forma *notarial*, en puridad basta con un *acta de notificación* pues va dirigida a poner en conocimiento del comprador la decisión del vendedor de dar por resuelta la compraventa y es éste último quien solicita la actuación notarial. Dicha acta de notificación está regulada en los artículos 202 y siguientes del RN.

[599] Conforme a lo previsto en el artículo 202 RN el acta de **notificación** puede realizarse **personalmente**. El artículo 202 RN en su segundo párrafo establece que “el Notario se personará en el domicilio o lugar en que la notificación o el requerimiento deba practicarse, según la designación efectuada por el requirente, dando a conocer su condición de Notario y el objeto de su presencia. En el caso de no hallar al destinatario, entenderá la diligencia con cualquier persona que allí encuentre, y, en su defecto, podrá practicarla con el portero o conserje del inmueble o con un vecino del mismo o de los más próximos, si se prestare a ello”

[600] Junto a esta forma de notificación, el propio artículo 202 RN afirma que “el Notario, discrecionalmente, y siempre que de una norma legal no resulte lo contrario, podrá efectuar las notificaciones y los requerimientos enviando al destinatario la cédula, copia o carta por correo certificado con aviso de recibo”. En este sentido, y respecto del

---

<sup>408</sup> MULLERAT, “El pacto comisorio en las compraventas de inmuebles (Art. 1504 del Código civil)”, *A.D.C.*, XXIV, 1971, pp. 481 a 529, pp. 509 y 510.

requerimiento previsto en el artículo 1504 CC, el TS ha admitido que la **carta certificada con acuse de recibo dirigida al comprador por conducto notarial** sirve para cumplir con los requisitos formales exigidos en dicho precepto.

Así, por ejemplo, la STS de 27 de mayo de 1985<sup>409</sup>, que subraya, además, que si bien es válido el requerimiento notarial a través de correo certificado con acuse de recibo, no es válido a los efectos del artículo 1504 el requerimiento enviado por correo certificado con acuse de recibo pero sin intervención del Notario. En su considerando quinto afirma que es válido “el requerimiento notarial verificado por correo con acuse de recibo sin la intervención personal del fedatario cerca de la persona del notificado, pero naturalmente sin obviar el acta notarial y la justificación del recibo de la carta con el certificado de la oficina de Correos, con lo que, en definitiva, se viene a decir o a concluir que la notificación particular por medio de Correos –independientemente de su contenido– no está incluida en la previsión del artículo 1504 del Cc, que exige la notificación notarial o judicial como únicas fehacientes y garantizadoras de la realidad del hecho notificante.”

A favor de esta forma de requerimiento en el ámbito del artículo 1504 CC se pronuncian numerosas sentencias. Por ejemplo, las SSTS de 27 de abril de 1988<sup>410</sup> y de 11 de abril de 1990<sup>411</sup>. En esta última, el TS, respecto del requerimiento practicado declara que la “corrección en la forma de su realización no puede cuestionarse, pues fue hecho notarialmente por correo certificado con acuse de recibo, conforme autoriza el artículo 202 del RN, reformado por Real Decreto 1209/84, de 8 de junio, habiéndolo recibido la propia madre de la interesada en el domicilio de ésta, según consta acreditado en autos”.

La STS de 17 de diciembre de 1992<sup>412</sup> desestima el recurso de casación presentado por la compradora en el que alegaba que el requerimiento efectuado mediante remisión de una carta, aunque lo sea por conducto notarial, no es válido, por lo que se ha infringido el artículo 1504 CC. En su razonamiento, después de reproducir literalmente la STS de 1 de febrero de 1985, afirma el TS que “atendiendo al tenor literal del vigente artículo 202 RN, la doctrina de esta Sala –SS. 27 de mayo de 1985, 27 abril de 1988, 11 de abril de 1990 y 21 de mayo de 1991– reconoce la corrección formal del requerimiento notarial previsto en el artículo 1504 del CC cuando ha sido practicado por correo en la forma establecida por el artículo 202 RN, requerimiento que tendrá plena eficacia siempre que se acredite

<sup>409</sup> STS de 27 de mayo de 1985 (RA 2814; Ponente: Excmo. Sr. D. Carlos de la Vega Benayas).

<sup>410</sup> STS de 27 de abril de 1988 (RA 3282; Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Latour Brotons), FD único.

<sup>411</sup> STS de 11 de abril de 1990 (RA 2716; Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Morales Morales).

<sup>412</sup> STS de 17 de diciembre de 1992 (RA 10505; Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro González Poveda).

que el mismo llegó a su destinatario” (como así sucedió, pues la compradora, en la contestación a la demanda afirma que mientras estaban en conversaciones para solucionar la forma de pago, se vio sorprendida por el envío de una carta certificada con acuse de recibo, realizado por conducto notarial).

[601] Tanto el requerimiento personal como la carta con acuse de recibo surten efectos a no ser que se acredite la falta de recepción del requerimiento notarial por parte del destinatario. Así lo afirma la STS de 24 de febrero de 1993 respecto del requerimiento por correo certificado con acuse de recibo y la STS de 30 de diciembre de 1993 respecto del requerimiento personal<sup>413</sup>.

### *c. La forma como requisito esencial*

[602] El requisito de forma establecido en el artículo 1504 CC ha sido calificado por la doctrina y la jurisprudencia de **esencial**, lo cual significa que a falta de este requerimiento formal el vendedor no puede hacer valer su voluntad resolutoria, aunque sea conocida por el comprador<sup>414</sup>.

<sup>413</sup> En la STS de 30 de diciembre de 1993 (RA 9912; Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros) el TS rechaza el recurso presentado por el comprador en el que se alega que el requerimiento notarial del vendedor no llegó a su conocimiento. En su Fundamento de Derecho cuarto el TS afirma que: “Por lo que respecta al requerimiento de resolución, la sentencia parte de unos hechos recogidos por el Notario que los practicó para llegar a la conclusión de que llegó a conocimiento del recurrente, como es de rigor para que produzca efecto toda declaración de voluntad de resolución de un contrato, que tiene naturaleza recepticia. No se ha atacado en el recurso la presunción sentada de conocimiento por el comprador, bien combatiendo las premisas de razonamiento (por error en la apreciación de la prueba), bien demostrando que no se atiene la sentencia a las reglas de la lógica para obtener conclusiones (infracción del art. 1253 Cc). Por todo ello, ha de mantenerse en este trámite procedimental que el recurrente conocía el requerimiento de resolución, por lo que el envío de los cheques (sin fondos) al actor-recurrido a los pocos días de practicado infructuosamente por la negativa de su esposa a aceptarlo y dárselo a su marido ausente, es un intento de pago totalmente extemporáneo; una vez resuelto el contrato, ni el juez puede conceder nuevo plazo para el pago, ni mucho menos el comprador puede rehabilitarlo pagando”.

<sup>414</sup> PAU PEDRÓN, *La efectividad de la facultad resolutoria explícita*, p. 19.

[603] Aunque la primera conclusión que se podría extraer de la consideración de la exigencia formal como *constitutiva* es que la declaración realizada sin cumplir con las exigencias formales **no es válida para producir el efecto resolutorio**<sup>415</sup>, cabe plantearse la posibilidad de que, atendidas las circunstancias concurrentes y la finalidad perseguida con la exigencia formal, se considere que en determinados casos no procede invocar la nulidad por falta de forma (principalmente cuando es contraria a los dictados de la buena fe)<sup>416</sup>.

#### d. El artículo 1504 CC y la autonomía de la voluntad

[604] Por lo que respecta a la posibilidad de las partes contratantes de alterar lo establecido en el artículo 1504 CC respecto de la forma de la declaración de resolución, es válido el pacto de las partes en virtud del cual, el vendedor no puede elegir entre las dos posibles vías de notificación que le ofrece el artículo 1504 CC sino que necesariamente ha de hacerlo a través de una de ellas. Por ejemplo, el vendedor se

---

En palabras de ROCA SASTRE, la forma prevista en el art. 1504 CC es *constitutiva* (ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral*, 8ª ed., III, 1995, p. 439).

<sup>415</sup> En este sentido señala ROCA SASTRE que cuando la forma es *constitutiva*, sin forma no hay negocio "El negocio es nulo o inválido *ipso iure*. Ni puede ser ratificado o confirmado. En una palabra, como dice el Código civil alemán, es nulo." (*Estudios de Derecho Privado*, I, *Obligaciones y contratos*, p. 98); y ALBALADEJO, en los negocios formales (cuando la forma es esencial) la declaración de voluntad realizada sin guardar la forma debida es inválida (*Derecho civil*, I, vol. II; 6ª ed., 1980, p. 343; DÍEZ-PICAZO habla de contrato inválido pero reconoce ciertos límites al ejercicio de la acción de nulidad por defecto de forma (*Fundamentos*, I, p. 264).

<sup>416</sup> Respecto de los contratos lo plantea DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, p. 265.

En contra, DE LOS MOZOS afirma que cuando el ordenamiento exige con carácter *esencial* una determinada forma, el precepto sobre la forma es de Derecho estricto, de modo que su incumplimiento no puede ser suplido por aplicación del principio de buena fe ("La forma del negocio jurídico", *A.D.C.*, XXI, 1968, pp. 745 a 777, p. 762).

En este punto creemos que tiene mucha razón SANTOS MORÓN, M.J., cuando afirma que las conclusiones sobre los efectos de la falta de observancia de la forma cuando cumple una función *constitutiva*, son fruto de la tendencia existente en nuestro país a establecer siempre como consecuencia de la falta de forma la nulidad (y ello aunque no venga expresamente establecido en la ley); y que para resolver la cuestión de los efectos de la inobservancia de la forma se ha de atender a la finalidad de la norma que establece el requisito formal, teniendo en cuenta que "la exigencia de una concreta forma puede obedecer a las más diversas finalidades y que su inobservancia puede ocasionar diversas consecuencias" (*La forma de los contratos en el Código civil*, Madrid, 1996, p. 21).

compromete a realizar un requerimiento notarial; en ese caso, sólo será válida la declaración de resolución realizada a través de notario.

Así sucede en la STS de 5 de diciembre de 1983<sup>417</sup>. En el contrato de compraventa se pactó una cláusula en los siguientes términos: “si el comprador incumpliese las obligaciones que en este acto asume o no satisficiera los plazos convenidos a sus respectivos vencimientos o cualquier otro pago que haya comprometido, el vendedor le requerirá por conducto notarial para que se ponga al corriente de los pagos, y transcurridos 15 días naturales, sin atender a los mismos, la vendedora podrá optar entre exigir judicialmente el pago total del precio aplazado, cuyos plazos se considerarán automáticamente vencidos, junto con los gastos del requerimiento o resolver este contrato con pérdida para el comprador del 50% de las cantidades satisfechas por él a la vendedora...” Sin embargo, el vendedor no realizó dicho requerimiento notarial sino que acudió directamente a celebrar acto de conciliación instando la resolución.

El TS estima el recurso de casación presentado por el comprador en contra de la sentencia que declaraba la resolución contractual y afirma que “tal genérica normativa solamente es de adecuada aplicación en cuanto no exista pacto que someta la sanción resolutoria a llevar a cabo previo específico requerimiento notarial, cual ha sucedido en el presente caso” y respecto de la equiparación entre el requerimiento notarial y judicial, afirma que “si es exacto que el artículo 1504 del CC da igual categoría al requerimiento judicial que al producido por acta notarial a efectos de ejercicio de resolución contractual, sin embargo esa ambivalencia o equiparación no se da cuando las partes han concertado un previo específico requisito para viabilizar caución resolutoria —en este caso el pacto de previo requerimiento notarial de pago y transcurso de 15 días sin efectuarse después del requerimiento— ya que en tal supuesto fue eliminado el otro —en este caso el judicial—, dado que con esta especificación de modalidad se quiso dar a entender que solamente la pactada es la que podía alegar con efectividad al comprador para que el contrato quedara resuelto” (refiriéndose al art. 1504 CC (Cdo. primero de la primera sentencia).

<sup>417</sup> STS de 5 de diciembre de 1983 (RA 6822; Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Fernández Rodríguez).

***e. Una utilidad accesoria de la forma en el artículo 1504 CC: el acceso de la resolución al Registro de la Propiedad***

[605] Frente a las posibles críticas que pudieran hacerse a las exigencias formales establecidas en el artículo 1504 CC, es posible afirmar que las mismas no sólo otorgan mayor certeza al comprador sobre la situación en la que se encuentra, sino que además, sólo completando estos requisitos formales, el ejercicio de la facultad resolutoria puede acceder al Registro de la Propiedad con lo que goza también de cierta utilidad de cara a terceros: la de esclarecimiento y publicidad de la nueva situación jurídica que provoca.

***i. Acceso al Registro de la Propiedad cuando el pacto resolutorio consta en el Registro***

[606] Cuando el pacto comisorio consta en el Registro (art. 11 LH), la forma hace posible que la declaración de resolución tenga acceso al Registro y tenga lugar la **reinscripción del inmueble** a nombre del vendedor (el artículo 59 RH se refiere a la “nueva inscripción”). Para ello, el artículo 59 RH sólo exige que se haga constar la **notificación judicial o notarial de quedar resuelta la venta**, junto con el **título del vendedor**<sup>418</sup>.

A los anteriores requisitos, para la reinscripción del inmueble a nombre del vendedor, jurisprudencialmente se ha añadido el requisito de la consignación de precio por éste recibido, basándose en el artículo 175 regla 6ª del RH. Sin embargo, y con mejor criterio, dicho requisito de la

---

<sup>418</sup> Conforme a lo establecido en la **RDGRN de 19 de enero de 1988** en nuestro sistema no es necesaria la instancia de solicitud de reinscripción, sino que el principio es el de la petición tácita de inscripción por simple presentación de la documentación correspondiente, tampoco es necesario que dicha documentación especifique los concretos asientos que hayan de extenderse.

consignación ha sido cuestionado por la doctrina que aclara que no se trata de una condición para que tenga lugar la resolución, sino, como mucho para la reinscripción<sup>419</sup>; la doctrina afirma que este requisito se debe limitar a los supuestos en los que existen terceros adquirentes o titulares de cargas, para poder cancelar los derechos inscritos a favor de éstos<sup>420</sup>; además, cuestiona el alcance de dicha consignación<sup>421</sup>.

<sup>419</sup> ROCA SASTRE/ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral*, 8ª ed., III, 1995, pp. 433 y 434.

<sup>420</sup> Resulta especialmente clarificadora la exposición que MARTÍNEZ SANCHÍZ hace del proceso de extensión que la DGRN ha realizado de la exigencia de la consignación, para convertirla en condición previa a la inscripción del vendedor, haya o no terceros, así como el hecho de que se exija la consignación total sin deducción de las cantidades retenidas en concepto de cláusula penal ("El deterioro del pacto resolutorio en la jurisprudencia hipotecaria", *A.D.C.*, 1989, fascículo IV, pp. 1169 a 1224, p. 1194 a 1196). También ROCA SASTRE considera que la extensión que hace la DGRN de la obligación de consignar aunque no haya terceros, violenta la letra del art. 175.6ª del RH en cuya aplicación analógica se pretende fundar (ROCA SASTRE/ROCA SASTRE MUNCUNILL *Derecho Hipotecario*, III, p. 447).

PAU PEDRÓN afirma que sólo si existen derechos de terceros tendría sentido la consignación, pero si el comprador ni ha transmitido ni ha gravado el inmueble deberá bastar con la devolución de las cantidades sin necesidad de consignación, aunque reconoce que la DGRN no distingue según haya o no terceros (*La efectividad de la facultad resolutoria explícita*, p. 27). ROVIRA JAÉN insiste en que la consignación del art. 175.6 RH es un requisito legal para cancelar los asientos de los terceros "afectados" por la condición resolutoria, dice que este precepto presupone que la resolución ya ha tenido lugar, y es por tanto algo anterior a la consignación del importe de los plazos que haya de ser devuelto con las deducciones que procedan, "Sin embargo la Dirección General impone la consignación de este artículo como requisito previo no sólo para cancelar asientos de terceros, sino para reinscribir la finca a favor del vendedor. Esta interpretación en contra de la literalidad del precepto, de sus antecedentes históricos y de toda lógica jurídica es inadmisibles." (*El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles (su razón histórica)*, 1996, pp. 271 y 292 y ss).

<sup>421</sup> Es usual que las partes pacten una cláusula conforme a la cual el vendedor "hará suyas" las cantidades entregadas a cuenta del precio total, en concepto de indemnización de daños (DELGADO ha puesto de manifiesto que una cláusula de este tipo no es propiamente una cláusula penal, sino unas arras penitenciales pues lo que existe es una facultad de retención por parte del vendedor de las cantidades que vaya recibiendo, "Comentario a la Resolución de la DGRN de 16 de septiembre de 1987", *C.C.J.C.*, núm. 15, 1987, p. 5012). No resulta claro si, en este caso, el vendedor debe consignar la totalidad del precio recibido o puede restar la cantidad a retener (cantidad que podrá ser modificada por el juez atendiendo a criterios de equidad). IRURZUN GOICO, después de admitir la licitud de un pacto de este tipo, aclara que "para obtener la nueva inscripción de dominio a su favor, el vendedor no deberá justificar la consignación exigida en el artículo 175, regla 6ª, puesto que no hay devolución del precio, circunstancia ésta que deberá ser tenida muy en cuenta por los terceros en especial por quienes pretendan la constitución a su favor de derechos reales de garantía." (*La cláusula resolutoria y el pacto comisario*, en *Estudios de Derecho Privado*, 1965, pp. 1 a 55, p. 28). Sin embargo, la DGRN se ha inclinado por la solución según la cual el vendedor ha de consignar la totalidad del precio, y reclamar la pena (MIQUEL CALATAYUD también defiende esta solución, "Consideraciones sobre el impago del precio en la compra-venta", *R.C.D.I.*, año LVIII, 1985, núm. 571, pp. 1499 a 1540, p. 1538-1539). Respecto de esta solución señala PAU PEDRÓN su aparente contradicción con el art. 175 RH cuya regla sexta exige que conste el documento que acredite "que se ha consignado en un establecimiento bancario o Caja oficial, el valor de los bienes o el importe de los plazos que, con las deducciones que en su caso procedan, haya de ser devuelto" (PAU PEDRÓN, *La efectividad de la facultad resolutoria explícita*, p. 30). MARTÍNEZ SANCHÍZ, ("Artículo 1504", pp. 984 a 987, p. 987) considera que la aplicación del art. 175.6 RH a las cantidades retenidas como pena



Por tanto, podemos concluir que para que tenga lugar la reinscripción del inmueble a nombre del vendedor es necesario que éste presente: notificación notarial o judicial de la resolución al comprador, el título del vendedor y, cuando existan asientos de terceros posteriores a la cláusula, la justificación de haberse consignado el importe del precio recibido.

[607] Veamos ahora cómo tiene lugar la reinscripción y la cancelación de los asientos de transmisión dominical y constitución de gravámenes practicados con posterioridad a la inscripción de la cláusula.

Dicha reinscripción, en principio, no debería precisar del consentimiento del titular y ser automática. Sin embargo, la DGRN en **Resolución de 29 de diciembre de 1982** resta automatismo a la reinscripción que hasta entonces no se había cuestionado, y reduce la efectividad de la cláusula al exigir que no haya habido oposición por parte del comprador, a la notificación de la resolución.

Por lo que respecta a la opinión que merece en los autores la jurisprudencia de la DGRN, existen posiciones encontradas. Así, hay autores que claramente se muestran contrarios a la misma. En palabras de Roca Sastre, “(l)a Dirección General de los Registros y del Notariado quiso con esta doctrina de nuevo sesgo paliar posibles abusos, impresionada sin duda por la crecida jurisprudencia surgida en torno a la condición resolutoria, pero, en rigor, ni los fundamentos técnicos ni la solución pretendida resultan satisfactorios”<sup>422</sup>; Magariños se muestra totalmente contrario a esta jurisprudencia<sup>423</sup>; y, Díez-Picazo y Gullón en

---

no acaba de casar con el esquema del CC. Tampoco ROCA SASTRE/ROCA SASTRE MUNCUNILL, lo ve claro (*Derecho hipotecario*, III, pp. 447 y 448).

<sup>422</sup> ROCA SASTRE/ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, III, pp. 447 y 448.

<sup>423</sup> MAGARIÑOS, “Eficacia y alcance de la cláusula resolutoria en garantía del precio aplazado en la compraventa de bienes inmuebles”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 68, número 608, enero-febrero, 1992, pp. 63 a 142, pp. 113 a 121.

su última edición la califican de “doctrina rígida”<sup>424</sup> (suavizando en cierta medida sus consideraciones acerca de la RDGRN de 1982 que en un primer momento calificaron de “doctrina peligrosa para la eficacia en el tráfico de la condición resolutoria”<sup>425</sup>).

Más conforme con la solución se muestra Miquel Calatayud<sup>426</sup>, que considera que la eliminación por la DGRN del carácter automático de la resolución, cuando el comprador se resiste, encuentra justificación en “razones de estricta equidad”, pues de esta manera, la cuestión queda automáticamente reconducida al ámbito judicial. Sin embargo, este mismo autor reconoce que esta jurisprudencia registral, aunque alentadora, adolece de “alegalidad” pues tiene una confrontación total con el sistema vigente. Para evitarlo, Martínez Sanchíz propone como solución que en caso de oposición del comprador a la resolución por parte del vendedor, tenga lugar la reinscripción, pero con una reserva de puesto a favor de una posible anotación preventiva de demanda solicitada por el comprador<sup>427</sup>, pero, como señala Pau Pedrón, esta solución no se adecua a nuestro sistema registral<sup>428</sup>.

Por último, queda mencionar aquellos autores que se muestran a favor de la bondad de los resultados a los que llega la DGRN. Sus observaciones son dignas de tenerse en cuenta y a ellas nos adherimos.

En este sentido cabe citar a Jordano Fraga, quien estima que a pesar de que cuando el comprador requerido de resolución se oponga, el vendedor resolvente verá retrasada su reinscripción, lo cierto es que la reinscripción sólo procede cuando la resolución pretendida por el vendedor sea conforme a derecho, y en caso de controversia, son los

<sup>424</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, 8ª ed., 1999, p. 284.

<sup>425</sup> DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, 6ª ed., 1994, p. 312.

<sup>426</sup> MIQUEL CALATAYUD, “Consideraciones sobre el impago del precio en la compra-venta”, *R.C.D.I.*, 1985, núm. 571, LVIII, pp. 1499 a 1540, p. 1538.

<sup>427</sup> MARTÍNEZ SANCHÍZ, “El deterioro del pacto resolutorio en la jurisprudencia hipotecaria”, *A.D.C.*, 1989, pp. 1169 a 1224, p. 1193.

tribunales los que realizan el control sobre la legalidad del ejercicio de la resolución, que no hay que olvidar que en caso de que se estime improcedente también lo será la solicitud de cancelación/reinscripción. Y acaba afirmando: “A los preocupados por las dilaciones que el proceso judicial pueda suponer para tales operaciones registrales [cancelación y reinscripción], les respondería, pues, que más vale tarde y bien, que pronto y mal hechas”<sup>429</sup>.

Pau Pedrón afirma que de esta manera se ha querido dar un trato más equilibrado a los intereses en juego y recuerda que el Registro no puede dar cabida a situaciones jurídicas discutidas, por lo que, ante el enfrentamiento de las partes debe abstenerse y esperar a la decisión judicial<sup>430</sup>.

ii. El *no* acceso de la declaración de resolución cuanto el pacto resolutorio no consta en el Registro de la Propiedad

[608] El requisito del requerimiento judicial o notificación notarial de la resolución previsto en el artículo 1504 CC tradicionalmente se viene aplicando a la resolución de la compraventa de inmuebles por impago del precio, tanto si existía pacto resolutorio como si no. Sin embargo, en caso de que no exista pacto resolutorio expreso, aunque conste en el Registro el aplazamiento del pago (art. 10 LH), el acceso al Registro de la resolución extrajudicial no se produce (art. 59 RH), pues no basta con la presentación de la notificación de la resolución y el título del vendedor, sino que será necesaria bien la presentación de la sentencia judicial (que declare bien hecha la resolución en virtud de los art. 2-1º y

<sup>428</sup> PAU PEDRÓN, *La efectividad de la facultad resolutoria explícita*, p. 23.

<sup>429</sup> JORNADO FRAGA, *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria (Estudio jurisprudencial del artículo 1504 del Código civil)*, 1992, pp. 213-214).

<sup>430</sup> PAU PEDRÓN, *La efectividad de la facultad resolutoria explícita*, p. 11 y pp. 22 a 23.

3 LH) o bien una escritura pública otorgada por ambos contratantes (art. 2-1º y 3 LH)<sup>431</sup>.

Además, el régimen de eficacia frente a terceros de la resolución por impago del precio que no se basa en un pacto de *lex comisoría* que consta en el Registro es distinto<sup>432</sup>. La mera constancia registral del aplazamiento del pago<sup>433</sup> no hace que dicha resolución tenga transcendencia real respecto de terceros hipotecarios, de tal forma que la misma (tal y como ha sido interpretada la remisión que el art. 1124 último párrafo hace a los arts. 1295 y 1298 CC) no produce efectos frente a los terceros adquirentes a título oneroso y de buena fe<sup>434</sup>.

Es importante resaltar que lo que acabamos de apuntar no es necesario para que la resolución sea válida en el ámbito contractual (la resolución habrá tenido lugar al producirse su notificación notarial o judicialmente al comprador), sino para sus efectos restitutorios y la constancia registral de los mismos acceda al Registro.

<sup>431</sup> En este punto, para aquéllos autores que defienden que sólo es posible una resolución extrajudicial por acuerdo de las partes ("resolución convencional"), parece que dicho acuerdo debe revestir los mismos requisitos de forma que el contrato que se pretende resolver y por tanto, ¿podrían compelerse a elevar dicho acuerdo a escritura pública y de esta forma acceder al Registro?

<sup>432</sup> Un interesante estudio histórico de los efectos de la resolución frente a terceros en caso de aplazamiento del precio en ROCA SASTRE/ROCA SASTRE MUNCUNILL, (*Derecho hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral*, III, pp. 397 y ss.)

<sup>433</sup> ROCA SASTRE/ROCA SASTRE MUNCUNILL llega a afirmar que "(v)erdaderamente es criticable la Ley Hipotecaria vigente por no haber *suprimido* simplemente la constancia registral de aplazamiento de pago del precio recibido, limitando la simple constancia registral a la *mera indicación numeraria de su importe*, con eliminación, por tanto, de "la forma en que se hubiere hecho o convenido su pago" que actualmente impone el art. 10, con inadmisión del pacto en contrario, ya que las partes ya podían asegurar ese pago por medio de la hipoteca o del pacto de la ley comisoría que les brinda el art. 11 de la misma ley." (*Derecho hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral*, III, p. 413).

<sup>434</sup> Conforme al artículo 37 párrafo segundo 4º, b), de la LH, no se estima que implique mala fe el simple conocimiento de haberse aplazado el pago del precio (ROCA SASTRE/ROCA SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, III, p. 418).

## 2. La exigencia formal para la declaración de resolución establecida convencionalmente

[609] A pesar de que la regla general en nuestro ordenamiento es la libertad de forma, dicha libertad de forma no es una norma imperativa, por lo que, en principio, nada impide a las partes contratantes pactar sobre este aspecto al amparo del artículo 1255 CC y con los límites establecidos en dicho precepto<sup>435</sup>.

En este sentido es válido el pacto de las partes en el que se acuerda que la declaración de resolución tiene que hacerse cumpliendo unas determinadas exigencias formales<sup>436</sup>. Este pacto puede deberse a muy distintos intereses que serán relevantes para determinar el alcance que se le ha de otorgar.

[610] Lo habitual será que las partes pacten la forma escrita, bien por documento público o privado (ya hemos apuntado que incluso sin que se llegue a pactar, tratándose de una declaración tan importante el propio declarante suele optar por esta forma escrita). Una exigencia formal de este tipo permite que conste de forma más o menos clara o inequívoca el

---

<sup>435</sup> Así, por ejemplo, un pacto que establezca que uno de los contratantes “se reserva la facultad de decidir libremente la idoneidad del medio de comunicación utilizado por la otra parte para comunicar su voluntad resolutoria”, es *contraria a la ley*, en concreto, al artículo 1256 CC por ser arbitraria. (Una cláusula de este tipo es contraria a la ley se encuentre o no en el marco de un contrato de adhesión, haya sido o no negociada).

<sup>436</sup> Señala VON TUHR que también por declaración unilateral puede fijarse la forma que ha de revestir una declaración unilateral futura (como la declaración de resolución). Aplicado a la facultad resolutoria significa, por ejemplo, que el vendedor puede declarar al comprador que, en caso de incumplimiento de éste, efectuará la resolución de la compraventa por escritura autenticada, rogándole al mismo tiempo que no considere válidos los documentos no autenticados que lleven su nombre. Consiste en una limitación que se establece el propio comprador de la posibilidad que le otorga la ley de manifestar su voluntad; aunque dicha limitación también puede destruirse en cualquier momento, por declaración en tal sentido a la parte contraria. (VON TUHR, *Derecho civil. Teoría General del derecho civil alemán*, vol. II, “Los hechos jurídicos. El Negocio jurídico (continuación)”, traducido por Tito Ravà, Buenos Aires, 1947, § 63, núm. 528). En contra FLUME que sostiene que la determinación negocial de una forma básicamente sólo puede efectuarse por pacto, en el sentido de que el particular no puede obligarse a sí mismo por lo que respecta a la declaración que él ha de emitir (*El Negocio jurídico*, § 15.II.2.a).

contenido de la declaración, con lo que se evitan en cierta medida litigios posteriores, además facilita la prueba a quién corresponde cargar con ella.

[611] Respecto de la forma escrita privada, carecemos de una definición legal. Cuando es la ley la que exige la forma escrita, parece que ésta ha de contener la declaración escrita (sea manuscrita o a máquina) y la firma del otorgante<sup>437</sup>, que puede ser manuscrita o la firma electrónica avanzada<sup>438</sup> (*vid.* los arts. 1223, 1225, 1226, 1227 CC). Sin embargo, cuando son las partes las que establecen la forma escrita, ésta puede ser tanto un documento propiamente dicho (suscrito por el otorgante) o bien consistir en un telegrama, etc. No hemos de olvidar que en caso de declaración de resolución, ésta se produce en el marco de una relación jurídica existente, en la que las partes pueden emplear de forma corriente determinados medios de comunicación (télex, fax, telégrafo, correo electrónico) que son suficientes para cumplir con la exigencia de forma

<sup>437</sup> Respecto de la firma señala LÓPEZ y LÓPEZ ("Documento privado (D.º Civil)", *E.J.B.*, pp. 2576 y 2577, p. 2577) que ésta no es requisito de validez del documento pero, sin embargo, es una prueba de su autenticidad (por el uso, la prueba por excelencia), y la manifestación habitual de haberse emitido de manera definitiva una declaración de voluntad, y que ésta no se encuentra en fase de formación (dice que por ello, el art. 1226 CC provee la adverbación de la firma).

También MEZQUITA del CACHO afirma que la firma propiamente no es requisito en sí, pues ningún precepto legal lo exige así, "ni excluye al documento legal no firmado por el otorgante del mundo de los hechos judicialmente probaderos mediante cualquier medio admitido en Derecho; pero lo que su falta sí excluye es la posibilidad de recurso a la figura procesal específica del reconocimiento legal de firma un trámite expeditivo de autopruueba que propicia la ejecutividad inmediata del documento, que en nuestro artículo (se refiere al 1225 CC) se menciona, y en el siguiente se desarrolla precisamente entre otras cosas de modo explícito que la obligación escrita esté «firmada por él»; o sea, por el interpelado en el trámite." ("Art. 1225", *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, pp. 355 a 359, p. 356).

<sup>438</sup> El artículo 3 del Real Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica declara que: "1. La firma electrónica avanzada, siempre que esté basada en un certificado reconocido y que haya sido producida por un dispositivo seguro de creación de firma, tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica, el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel y será admisible como prueba en juicio, valorándose ésta según los criterios de apreciación establecidos en las normas procesales (...) y 2. A la firma electrónica que no reúna todos los requisitos previstos en el apartado anterior, no se le negarán efectos jurídicos ni será excluida como prueba en juicio, por el mero hecho de presentarse en forma electrónica."

escrita<sup>439</sup>; cosa distinta son los problemas que se plantean respecto a la identificación de los usuarios (prueba de ello es el art. 51 CCo), por tanto es importante la práctica común establecida entre las partes. En caso de que la declaración de resolución se haga mediante carta, en principio sólo la firma documenta claramente la validez de la declaración (a la declaración firmada de puño y letra del declarante es equiparable la firma electrónica); en ese caso parece que la declaración no firmada puede ser rechazada por el destinatario por falta de firma (aunque también puede dejar valer la declaración no firmada, pero en ese caso soporta el riesgo de que la declaración no haya sido emitida efectivamente); aunque, como señala Flume, tratándose de una declaración tan importante, pedirá aclaraciones acerca de qué ocurre con la falta de firma<sup>440</sup>. Pero ¿basta una copia mecánica de la firma o la reproducción impresa del nombre bajo la declaración? Parece que sí, si en la práctica del tráfico se considera suficiente<sup>441</sup>.

**a. Significado de la forma establecida convencionalmente**

[612] Los pactos de las partes contratantes sobre la forma pueden ser de varios tipos. Es posible que la forma tenga un significado constitutivo, que aplicado a la declaración de resolución significa que ésta sólo es válida si se realiza en la forma establecida (que será normalmente lo que interese a las partes, a fin de dotar de certidumbre el ejercicio de la facultad resolutoria exigiendo que la declaración sea explícita y

<sup>439</sup> Así se hace de forma expresa en los PDEC 1998, art. 1301 (6). Y en derecho alemán donde se distingue entre forma legal escrita y forma negocial. Siendo la primera más rigurosa que la segunda, al exigir la firma manuscrita del otorgante, mientras que se cumple con la forma escrita negocial con una comunicación telegráfica (§ 127 BGB) a la que se equipara el télex.

<sup>440</sup> FLUME, *El Negocio jurídico*, § 15.II.2.b.

<sup>441</sup> FLUME, *El Negocio jurídico*, § 15.I.5.

determinante<sup>442</sup>). También es posible que se pacte que la declaración tenga que hacerse de una determinada forma pero no como requisito de validez, sino como presupuesto de eficacia, de tal forma que la declaración será válida aunque no se observe dicha forma.

[613] Es probable que del tenor literal del pacto no se pueda extraer la conclusión acerca de cuál es la función que las partes han querido otorgar a la exigencia formal (cuestión de hecho sometida a la apreciación del juez<sup>443</sup>). En estos casos, la doctrina se ha planteado la cuestión de cuál es la forma que debe entenderse pactada en caso de duda.

Nuestro Código civil carece de un precepto como el artículo 1352 del Código civil italiano que presume que cuando las partes han pactado una determinada forma, ésta es requisito de validez, o como el § 125 BGB que establece que en caso de duda, la falta de forma exigida será sancionada con la nulidad. Curiosamente la Compilación Navarra, sí que prevé esta situación; así, en su Ley 18.2 después de reconocer el principio de libertad de forma añade: "No obstante, los actos o contratos para los que la ley no exija una forma determinada pero ésta se hubiere convenido expresamente, no se considerarán perfeccionados sin el cumplimiento de dicha forma"<sup>444</sup>.

<sup>442</sup> LARENZ, *Derecho civil. Parte general*, traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, Madrid, 1978, p. 567.

<sup>443</sup> ROCA SASTRE, "La forma en el negocio jurídico", p. 109.

<sup>444</sup> Además, dicha Ley 18.2 en su segunda parte añade algo de gran trascendencia y es que "(c)uando se trate de un acto que usualmente revista una forma determinada, se presumirá que las partes han querido supeditar la perfección del acto al cumplimiento de la misma". Respecto de lo cual apunta ALBALADEJO "(l)o que es presumir que, en tal caso, la forma usual *no esencial*, ha sido elevada por las partes a forma *esencial voluntaria*. Y, a menos que se destruya la presunción (véase Comp. Ley 24), se estimará inválido el acto, si no guardó la forma usual" (p. 349).

En términos semejantes se plantea Díez-Picazo si el documento puede considerarse como elemento constitutivo según la voluntad de las partes, en virtud de pacto tácito de las mismas o de conformidad con el uso de los negocios, y llega a la conclusión de que la respuesta ha de ser afirmativa (*Fundamentos*, I, p. 263).



La doctrina defiende que en caso de duda se entenderá que la exigencia formal tiene carácter constitutivo (aunque se refiere a las declaraciones de formación del contrato)<sup>445</sup>.

[614] Nos queda por resolver la cuestión de qué sucede cuando el acreedor ha declarado la resolución sin observar los requisitos de forma establecidos convencionalmente con carácter sustancial. En principio, la solución debería ser la misma que en caso de incumplimiento de la forma legalmente exigida<sup>446</sup>: nulidad de la declaración, y por tanto, la declaración de voluntad emitida sin seguir los requisitos de forma no resultará vinculante<sup>447</sup>. Sin embargo, es necesario hacer una precisión.

En caso de exigencia formal establecida convencionalmente, dicha exigencia puede ser suprimida, siempre que las partes quieran, por un nuevo acuerdo que deje sin efecto el acuerdo anterior, (dicho acuerdo puede ser tácito)<sup>448</sup>. Pero, es posible que, sin previo acuerdo de las partes

<sup>445</sup> Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema*, II, p. 51: "Si las partes se han limitado a estipular una determinada forma para el contrato sin aclarar nada sobre su carácter sustancial o no, estimamos que es su intención no considerarse ligadas hasta que no se llene, salvo que se pruebe (p. ej., han empezado a cumplirse las obligaciones derivadas de la relación jurídica contraída) que no fue la de conceder carácter constitutivo a la forma."

Sin embargo ROCA SASTRE ("La forma en el negocio jurídico", pp. 109 y 110) considera que en esta materia se produjo una evolución: si bien en un principio se optó por la forma *ad solemnitatem* (forma como un requisito más exigido junto a otros para la perfección del negocio) (así lo entendía Pothier); esta tendencia fue abandonada y se siguió la regla o presunción contraria (*ad probationem, potius quam validitatem actus*). Aunque reconoce que el Código austriaco y el alemán se inclinan por el primero.

<sup>446</sup> Así lo afirma expresamente ROCA SASTRE, "La forma en el negocio jurídico", pág. 110.

<sup>447</sup> Así lo afirma VON TUHR, quien declara que acordada la denuncia escrita, la correspondiente declaración oral es ineficaz, porque ya no existe el derecho de denuncia oral (*Derecho civil. Teoría General del derecho civil alemán*, vol. II, 2.<sup>a</sup> edición, "Los hechos jurídicos. El Negocio jurídico (continuación)", 1947, § 63, núm. 527 y 530. En contra FLUME (*El Negocio jurídico*, § 15.II.2.a) quien considera que, en el marco de las declaraciones unilaterales recepticias, cuando se establezca *negocialmente la forma escrita, ésta es solamente un requisito debido (forma debida en oposición a forma obligatoria o constitutiva)*. De tal forma que la declaración efectuada oralmente puede ser rechazada por el destinatario, pero si no lo hace, ésta será válida. Así dice, "Si se exige una forma para el envío de una declaración cuyo conocimiento por el destinatario debe garantizarse (por ejemplo, para las declaraciones de desistimiento unilateral frecuentemente se establece que la comunicación por carta certificada), se trata en todo caso de un requisito debido. La declaración sólo es ineficaz o es eficaz con retraso cuando, por no observar la forma (por ejemplo, la forma del envío certificado), no llega o llega con retraso a conocimiento del destinatario".

<sup>448</sup> Así lo reconoce el propio VON TUHR (*Derecho civil. Teoría General del derecho civil alemán*, vol. II, 2.<sup>a</sup> edición, "Los hechos jurídicos. El Negocio jurídico (continuación)", 1947) al manifestar

para dejar sin efecto el pacto anterior sobre la forma, el acreedor emita una declaración de resolución que no se ajusta a la forma pactada ¿es totalmente ineficaz dicha declaración? En principio sí, pero es posible que a pesar de que la declaración de resolución no reúna las condiciones de forma pactadas, el deudor destinatario de la misma la admita a pesar de ello, en cuyo caso la declaración de resolución será válida<sup>449</sup>. Pero, el acreedor que ha declarado la resolución sin observar los requisitos de forma pactados no puede ampararse en dicho defecto formal para pretender la ineficacia de su declaración de resolución.

***b. Los requisitos de forma para el ejercicio de la resolución establecidos en un contrato de adhesión entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario***<sup>450</sup>

[615] En el ámbito de los *contratos de adhesión* celebrados con consumidores, ¿es admisible una cláusula que, sin haber sido objeto

---

que el convenio o la declaración unilateral sobre la forma puede extinguirse por voluntad de los interesados, y que incluso de las circunstancias puede resultar que las partes anularen de forma tácita el acuerdo sobre la forma (quién afirme que ambas partes tuvieron ese propósito, debe probarlo) (§ 63, núm. 530), y en concreto respecto de las declaraciones unilaterales sometidas a exigencias formales por voluntad de las partes afirma “Asimismo, en caso de duda, es nula la denuncia oral cuando se convino en hacerlo por escrito; pero puede ser válida cuando, con su formulación por una parte, los contratantes entendieron revocar la necesidad de ese requisito” (§ 63, núm. 531). En términos semejantes, LARENZ que considera que un contrato concluido sin observar la forma convenida, que es cumplido íntegramente por las partes contratantes, podrá verse en ello una renuncia posterior de ambas partes a la observancia de la forma convenida (*Derecho civil. Parte general*, 1978, p. 568). Y FLUME llega a afirmar que “Es conforme a las costumbres del tráfico negocial el que con frecuencia no se observe la disposición negocial de una forma. Obviamente el acuerdo sobre una forma no puede ser unilateralmente suprimido o ignorado. Pero las partes de un pacto de este tipo son libres, si actúan de mutuo acuerdo, frente a su propia disposición de un requisito formal”, hace hincapié en el hecho de que el requisito de forma que han establecido sólo les afecta a ellas (*El Negocio jurídico*, § 15.III.2).

<sup>449</sup> FLUME va todavía más lejos y señala que “Dado que es conforme con la práctica del tráfico el que también que la declaración que no satisface la forma determinada negocialmente se admita generalmente como válida, habrá que decir que el destinatario tiene que rechazar sin demora la declaración no válida formalmente si no quiere que valga.” (*El Negocio jurídico*, § 15.III.2)

<sup>450</sup> No vamos a entrar en la discusión acerca de lo escasamente acertada que ha sido la opción del legislador planteando la cláusula general sobre las cláusulas abusivas en el marco de la legislación propia de los contratos celebrados con consumidores. (Existe una tendencia doctrinal a considerar que resulta aplicable también a la relación entre profesionales).

de negociación individual<sup>451</sup>, imponga determinadas exigencias formales para el ejercicio de la facultad resolutoria? Presupuesto necesario es que no nos encontremos ante una norma que, con carácter imperativo, establezca la libertad de forma de la declaración de resolución del consumidor, en cuyo caso ni el predisponente unilateralmente, ni las partes por acuerdo podrían establecer nada en contra<sup>452</sup>.

A diferencia del caso anterior (pacto de las partes sobre la forma), en este supuesto no funciona la autonomía de la voluntad en su vertiente referida a la libertad de configuración del contenido contractual, el adherente se encuentra con unas exigencias formales que él no ha consentido y que se apartan del principio general de libertad de forma que rige respecto del ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria. La cuestión a resolver es si, conforme a lo previsto en el artículo 10 bis 1 de la LGDCU, una cláusula semejante<sup>453</sup> es contraria a las exigencias de la buena fe y ocasiona, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes<sup>454</sup>. De ser así, será considerada *abusiva* y llevará aparejada como sanción su nulidad<sup>455</sup>.

<sup>451</sup> Tomamos como referencia una cláusula no negociada individualmente por el consumidor, ya se incluya en condiciones generales de la contratación (cláusula predispuesta e incorporada a una pluralidad de contratos) ya se trate de una cláusula predispuesta en un contrato particular (*vid.* art. 10 bis de la LGDCU y ALFARO AGUILA-REAL, "El proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado", *R.D.B.B.*, núm. 167, julio-septiembre, 1997, pp. 839 a 902, p. 864)).

<sup>452</sup> Así sucede, por ejemplo, en la regulación que del "derecho de resolución" del adherente (no se refiere a la facultad resolutoria por incumplimiento sino a lo que en otros textos legales se denomina desistimiento *ad nutum*) contenida en el art. 4.1 del RD 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales. Dicho precepto, después de declarar que el adherente dispone de siete días hábiles para resolver el contrato sin incurrir en penalización ni gasto alguno, decreta de forma imperativa que "(e)l ejercicio del derecho a que se refiere este apartado no estará sujeto a formalidad alguna, bastando que se acredite en cualquier forma admitida en derecho."

<sup>453</sup> Partimos de que la cláusula en cuestión ha cubierto los requisitos de incorporación (arts. 5 y 7 de LCGC y 10.1ª y 10.3 LGDCU).

<sup>454</sup> Sobre el papel de la buena fe en el control de las condiciones generales, MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., "Reflexiones sobre las condiciones generales" en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1995, IV, pp. 4941 y ss, pp. 4950 y ss), insiste ALFARO ÁGUILA-REAL que "(u)na cláusula es contraria a la buena fe cuando un contratante leal -esto es, un predisponente que tiene en cuenta los intereses legítimos de la contraparte y que sabe que la contraparte no va a

[616] Es necesario comenzar por afirmar que es relativamente fácil encontrar una justificación razonable para que el predisponente se aparte en este punto del principio de libertad de forma, pero veamos los límites a dicha justificación, o dicho de otra manera, cuándo y hasta dónde está justificado que el predisponente se aparte del principio de libertad de forma. Para ello no hay que olvidar que nos estamos moviendo en un plano abstracto, por lo que la solución definitiva en el caso concreto puede ser distinta<sup>456</sup>. Además, para hacer una valoración de este tipo, el artículo 10 bis LGDCU señala como elementos a tener en cuenta “la naturaleza de los bienes y servicios objeto del contrato, y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa”<sup>457</sup>.

En principio, una cláusula del tipo “el adherente deberá comunicar su voluntad resolutoria por escrito”, puede cumplir perfectamente con las exigencias de la buena fe y justo equilibrio, pues no lleva consigo un perjuicio relevante para el consumidor (dicha exigencia escrita debe ser entendida en sentido amplio admitiendo que se cubra recurriendo a

---

poder influir sobre el contenido de la cláusula (porque ha sido prerredactada y no se ha negociado individualmente)- no la hubiera incluido en el contrato” y añade que “en particular, debe considerarse como contrario a la buena fe, incluir cláusulas que deroguen injustificadamente el Derecho dispositivo (es decir, las normas que serían aplicables al contrato en ese punto si no existiera la condición general) en cuanto el Derecho dispositivo representa un reparto equilibrado de derechos y obligaciones...”, (“El proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado”, *R.D.B.B.*, núm. 167, 1997, pp. 839 a 902, p. 872).

<sup>455</sup> La sanción al carácter abusivo de la cláusula se contiene en el propio art. 10 bis 2 (y 8.2) LGDCU que declara que “Serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas las cláusulas, condiciones y estipulaciones en las que se aprecie el carácter abusivo. La parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1.258 del Código civil...”

<sup>456</sup> Tal y como señala MIQUEL RODRÍGUEZ, J.M., (*Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, coordinados por Ignacio Arroyo Martínez y Jorge Miquel Rodríguez, Madrid, 1999, p. 285) al referirse al desequilibrio y a su importancia, que deberá valorarse con relación a las exigencias que impone la buena fe, aclara que “Se trata de un elemento que requerirá un resultado no siempre previsible *a priori*. El desequilibrio (importante) deberá ser valorado por el Juez con relación al caso concreto, y solamente si lo estima presente, podrá declarar abusiva la cláusula y en consecuencia nula.”

<sup>457</sup> MIQUEL RODRÍGUEZ (*Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, 1999, p. 285) afirma que se trata de criterios complementarios cuya finalidad es ayudar a valorar en cada caso concreto si la cláusula es abusiva o no.

medios como el fax y el télex)<sup>458</sup>. Por otro lado, la exigencia de la forma escrita puede responder a un interés legítimo del predisponente, puede deberse a exigencias de organización de la propia empresa, y a través de ella, el predisponente se asegura de la autenticidad de la declaración del adherente y del propio contenido de la declaración de voluntad.

Sin embargo, una exigencia formal “por escrito” también puede ser contraria a la buena fe si, atendidas las circunstancias, esta petición de forma carece de justificación. Así por ejemplo, si se trata de una empresa que habitualmente realiza sus operaciones contractuales a través del medio telefónico (v. gr. una “banca telefónica”) y que por tanto dispone de una infraestructura preparada para este tipo de comunicación (tiene un sistema de registro de llamadas, y un mecanismo de identificación de los usuarios, etc.) no se puede decir que tenga necesidades empresariales que justifiquen que la declaración de resolución haya de hacerse por un medio distinto al telefónico (cosa distinta es que al propio adherente le interese efectuar su declaración de resolución de tal forma que le quede constancia de su recepción por parte del predisponente). A la misma calificación de *abusiva* se llega atendiendo a la forma o circunstancias de celebración del contrato y a la naturaleza de los bienes o servicios objeto del mismo<sup>459</sup>. Supongamos que un consumidor, que acaba de adquirir un bien, descubre, antes de

<sup>458</sup> Sin embargo, ir más allá, incluyendo una cláusula que, por ejemplo, exija que la declaración se realice por uno de estos medios (v. gr. “la declaración de resolución deberá remitirse necesariamente por télex”) puede ser considerada abusiva teniendo en cuenta que el empleo de estos medios puede suponer un coste al consumidor además de un excesivo esfuerzo (supongamos un consumidor que no dispone de una máquina de télex y se ha de desplazar a una determinada localidad no próxima a su domicilio).

<sup>459</sup> Así sucederá cuando, teniendo en cuenta el escaso formalismo a la hora de celebrar el contrato, se plantean exigencias formales a la hora de extinguirlo. Es cierto que, teniendo en cuenta estas circunstancias, el establecimiento de requisitos formales para proceder a la resolución puede ser considerado abusivo. Cosa distinta será cuando, admitiendo la declaración no sujeta a forma del consumidor, se le solicite que la comunique por escrito con posterioridad a los solos efectos de que quede constancia de la misma (pero con fecha de la declaración primitiva); o bien se le solicita que firme un documento acreditativo del ejercicio de la facultad resolutoria. En ambos casos la

salir del establecimiento, el carácter defectuoso del mismo. En este caso, si el consumidor pretende hacer valer su facultad resolutoria, no se le podrá exigir el cumplimiento de la cláusula que establece la necesidad de hacer la declaración por escrito y, por consiguiente, dicha cláusula se tendrá por no puesta.

[617] En principio, también parece admisible, según las circunstancias, una cláusula del tipo, “la resolución se comunicará por escrito, remitido por correo certificado”. Con una exigencia semejante no se causa un grave detrimento al consumidor, sino que, por el contrario, esta exigencia puede tener efectos positivos para él; en concreto, le resultará más sencillo alegar el envío y recepción de su declaración y determinar una fecha cierta a partir de la cual se entiende recibida la declaración (dicho en otras palabras, la exigencia del correo certificado será válida cuando exista una razón justificada para apartarse del principio de libertad de forma que rige la declaración de resolución y dicho apartamiento no provoca en el consumidor un perjuicio importante). Aunque, como en el caso anterior, conforme a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, una exigencia de este tipo puede ser contraria a las exigencias de la buena fe. En cualquier caso, no será admisible que una estipulación no negociada individualmente permita que el predisponente se niegue a aceptar la declaración de resolución realizada por escrito por el consumidor que personalmente la entrega en el establecimiento del predisponente (como tampoco lo será en principio, la exigencia de que la carta se haga a una determinada sección de la empresa o a una determinada persona). En estos casos, la cláusula en cuestión se ha de tener por no puesta.

---

documentación posterior no tiene ningún significado constitutivo, sino que únicamente cumple una función probatoria.

[618] Sin embargo, la previsión de una cláusula conforme a la cual “la declaración de resolución ha de realizarse necesariamente mediante requerimiento notarial resolutorio” es, por definición, contraria a la buena fe (supone una derogación injustificada del principio de libertad de forma) que tiene como resultado la ruptura del justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes (perjudica de forma excesiva al consumidor que ve limitadas de forma importante sus posibilidades de actuación)<sup>460</sup>, por lo que debe ser calificada en todo caso como *abusiva* y nula<sup>461</sup>. Igualmente ha de considerarse excesiva y por tanto abusiva una exigencia del tipo “la declaración de resolución tendrá lugar mediante comparecencia personal del consumidor”.

[619] Por último queda por apuntar, respecto a las exigencias de forma de ejercicio de la declaración de resolución, que una cláusula que excluya la posibilidad de un ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria reduciendo el ejercicio de la misma a la vía judicial, debe ser calificada de *abusiva* y sancionada con la nulidad. Todas las anteriores cláusulas se puede considerar incluida en la lista ejemplificativa recogida en la DA 1ª de la L.G.D.C.U., en concreto en la número 12, que declara nula por *abusiva* la cláusula que supone “la limitación o exclusión de

<sup>460</sup> Supone una carga excesiva al consumidor.

<sup>461</sup> En este punto es claramente representativa la propuesta de ALFARO (“El proyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación”, *RDBB*, núm. 167, 1997, pp. 839 a 902, p. 900) de estimar nula la cláusula que infrinja esta prohibición: “Las cláusulas predispuestas no podrán obligar al consumidor a comparecer personalmente para realizar pagos, cobros o trámites similares ni imponerle requisitos de forma o envío para las declaraciones que tenga que efectuar el consumidor que sean más rigurosas que la forma escrita o el correo certificado”. Previsión respecto de la forma de las declaraciones del consumidor semejante aunque más permisiva que la establecida en el § 11 núm. 16 de la AGBG que declara sin efecto la cláusula que establezca exigencias de forma de la declaración más estrictas que la forma escrita (*Vid.* al respecto, BASEDOW, J., “AGBG § 11 Nr. 16”, en *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch*, I, A.T., (§ 1-240) *AGB-Gesetz*, 3ª ed., Munich, 1993, págs. 2038 y 2039, núm. 251 y ULMER P./BRANDNER H.E./HENSEN, H.D./SCHMIDT, H. “§ 11 Nr. 16 ABG-Gesetz”, núm. 7, en *AGB-Gesetz. Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 8ª ed., Colonia, 1997, pp. 971 a 977).

forma inadecuada de la facultad del consumidor de resolver el contrato por incumplimiento del profesional”<sup>462</sup>.

---

<sup>462</sup> Ciertamente es que se podría oponer que el término “limitación” de la facultad del consumidor parece referido a exclusión del remedio resolutorio ante determinados tipos de incumplimiento, pero también admitiría el sentido de “establecimiento de obstáculos o trabas inadecuadas al ejercicio de la facultad resolutoria”.



## **CONCLUSIONES**



[620] Tras la exposición anterior, estamos en condiciones de responder a la pregunta que al principio de esta tesis nos hicimos: ¿a qué modelo corresponde nuestro sistema de resolución, en cuanto a la forma de ejercicio?

La idea de que nuestro sistema es “exclusivamente” judicial está completamente superada. No hay que insistir en ello.

La admisión de una resolución extrajudicial, cuando el deudor está conforme en admitir el ejercicio de ésta, ha sido reiteradamente admitida por una línea jurisprudencial. De alguna manera supone la superación de la exigencia de que la resolución sea decretada por una sentencia, pero, en realidad, no transforma profundamente el sistema. Es obvio que si el deudor se muestra conforme con el ejercicio de la resolución que realiza el acreedor, no es necesario el control judicial. Al fin y al cabo, una resolución judicial no debe ser más que un mecanismo de verificación de los presupuestos que sustentan la facultad resolutoria cuando éstos son discutidos por el deudor.

Nuestro sistema ha ido más lejos. Otra línea jurisprudencial, que coexiste con la anterior, admite una verdadera resolución extrajudicial, cuyo ejercicio se sustenta exclusivamente en la voluntad del acreedor, comunicada al deudor. Es operativa en tanto en cuanto el acreedor ejercite adecuadamente su derecho. La doctrina, mayoritariamente, reconoce esta realidad en la evolución de nuestro ordenamiento, aunque haya autores que

nos llamen la atención sobre su distanciamiento del modelo del Código civil.

Admitir la posibilidad de ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria, mediante declaración de voluntad, afecta sin duda al sistema. Queramos o no lo transforma. Y esto obliga a replantearse qué papel le corresponde al ejercicio judicial, cuando éste se produzca.

Si el acreedor opta por esta vía, lo que en realidad está haciendo manifestar, a través de la demanda, su voluntad resolutoria, y, al mismo tiempo, solicitar al juez —para evitar el riesgo de una resolución mal hecha—que verifique si tiene o no derecho a ella. La sentencia, como ocurriría en una resolución extrajudicial discutida judicialmente por el deudor, no es constitutiva, sino declarativa de que la resolución ha podido producirse, se ha producido, con la demanda, al concurrir los presupuestos de existencia del derecho.

Esto tiene otra consecuencia importante, en la línea de la superación del modelo judicial de resolución. Si la resolución se produce con la demanda, el deudor, durante el proceso, no tiene derecho a cumplir su obligación para evitarla. Con la excepción de aquellos casos en los que una regla especial de protección lo haya establecido así.

También pierde sentido la primera línea jurisprudencial, a la que antes aludimos, que exige que la resolución, de no ser judicial, sea aceptada por el deudor. La aceptación podrá aportar seguridad al acreedor; podrá ser necesaria para determinados efectos (por ejemplo, modificación del Registro) pero no es un presupuesto de eficacia de la resolución.

[621] Es ésta la conclusión básica de esta tesis. Hemos preferido centrarnos en ella para mayor claridad, en lugar de confundir al lector con múltiples conclusiones parciales que siempre conducen a ella.

## **BIBLIOGRAFIA**



ALBALADEJO GARCÍA, Manuel:

- *El Negocio jurídico*, Barcelona, 1958.
- «La mora en las obligaciones recíprocas», *R.C.D.I.*, enero-febrero 1968, núm. 464, pp. 9 a 31.
- «De nuevo sobre la mora en las obligaciones recíprocas», en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. I, Madrid, 1988, pp. 29 a 52.
- *Curso de Derecho civil español*, II, *Derecho de obligaciones*, 3ª edición, Barcelona, 1984.
- *Curso de Derecho civil español*, V, *Derecho de sucesiones*, 3ª edición, Barcelona, 1989.
- *Derecho civil I, Introducción y Parte general*, vol. 2º, “La relación, las cosas y los hechos jurídicos”, 11ª edición, Barcelona, 1991.

ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Mochen:

- «Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB», *A.D.C.*, 2002, fascículo III, julio-septiembre, pp. 1133 a 1227.

ALCOVER GARAU, Guillermo:

- *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil. Derecho español e internacional*, Madrid, 1991.

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús:

- «El proyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado», *R.D.B.B.*, 1997, núm. 167, julio-septiembre, pp. 839 a 902.

ALONSO PÉREZ, Mariano:

- *Sobre la esencia del contrato bilateral*, Salamanca, 1967.
- *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972.

ALPA, Guido Y BESSONE, Mario:

- «Inadempimento, rimedi, effetti della risoluzione nella vendita internazionale di cosa mobile» en VV. AA., *La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980. Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure (26-28 settembre 1980)*, *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, núm. 39, pp. 165 a 209.

ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael:

- *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, Granada, 1986.

- «Comentario al artículo 1124» en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, 2ª edición, Madrid, 1993, pp. 96 a 100.

ARANGIO RUÍZ, Vincenzo:

- *La compravendita in diritto romano*, tomo II, Nápoles, 1954.

ARIAS RAMOS, José Y ARIAS BONET, Juan Antonio:

- «La compraventa en las Partidas. Un estudio sobre los precedentes del título 5 de la quinta Partida» en *Centenario de la Ley del Notariado*, Sección primera, *Estudios históricos*, vol. II, Madrid, 1965, pp. 336 a 433.

AUDIT, Bernard :

- *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, París, 1990.

AULETTA, Giuseppe G.:

- *La risoluzione per inadempimento*, Milán, 1942.

BABIAK, Andrew:

- «Defining 'fundamental breach' under the United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods», *Temple Int'l & Comp. L.J.*, vol. 6, 1992, pp. 113 a 143.

BADÍA SALILLAS, Ángel:

- «En torno al artículo 1504 del Código civil: requerimiento, resolución y transmisión del derecho del vendedor», en *Estudios jurídicos en homenaje a Tirso Carretero*, Madrid, 1985, pp. 39 a 66.

BADENES GASSET, Ramón:

- *El contrato de compraventa*, tomo II, Barcelona, 1979.
- *El contrato de compraventa*, tomo II, 3ª edición, Barcelona, 1995.

BADOSA COLL, Ferrán:

- *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia, 1987.
- «Comentario al artículo 1100», en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, 2ª edición, Madrid, 1993, pp. 32 a 34.
- «Artículo 1100», en *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, 1ª edición, Madrid, 1991, p. 33.
- «Comentario al artículo 1105», en *Comentarios del Código civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, 2ª edición, Madrid, 1993, pp. 42 a 44.



- «Comentario al artículo 1186», en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, 2ª edición, Madrid, 1993, pp. 263 a 265.

BARAONA GONZÁLEZ, Jorge:

- *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1998.

BARASI, Lodivico:

- *Teoria generale delle obbligazioni*, III, 2ª edición, Milán.

BASEDOW, Jünge:

- «AGBG § 11 Nr. 16», en *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch*, tomo I, *Allgemeiner Teil* (§ 1-240) *AGB-Gesetz*, 3ª edición, Munich, 1993, pp. 2038 y 2039.

BELLO JANEIRO, Domingo:

- «STS de 6 de noviembre de 1992. Modificación judicial del contrato por alteración extraordinaria e imprevisible de sus circunstancias básicas: cláusula *rebus sic stantibus*; doctrina de la base del negocio. Contrato de cesión de arrendamiento», *C.C.J.C.*, núm. 30, septiembre/diciembre 1992, pp. 1009 a 1025.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José:

- *El cumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1956.

BELTRÁN DE HEREDIA Y ONIS, Pablo:

- *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1990.

BÉNABENT, Alain:

- *Droit civil. Les obligations*, 4ª edición, París, 1994.

BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo:

- «La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa», *A.D.C.*, 1969, tomo XXII, fascículo IV, octubre-diciembre 1969, pp. 777 a 837.
- «Saneamiento por vicios ocultos en la cosa objeto de la compraventa: valor del plazo de seis meses concedido en el artículo 1490 para el ejercicio de las acciones edilicias (notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 1971)», *A.D.C.*, 1973, fascículo I, pp. 356 a 361.
- «STS de 6 de marzo de 1985: Compraventa: incumplimiento del vendedor, distinción entre *aliud pro alio* y cosa con vicios. Acción de

incumplimiento y acción de saneamiento por vicios ocultos», *C.C.J.C.*, núm. 8, 1985, pp. 2471 a 2478.

BETTI, Emilio:

- *Teoria generale delle Obbligazioni*, I, Milán, 1953

BIANCA, C. Massimo-BONELL, Michael Joachim:

- *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milán, 1987.
- *Il debitore e i mutamenti del destinatario del pagamento*, Milán, 1963.

BONET RAMÓN, Francisco:

- *Código civil comentado con sus apéndices forales*, Madrid, 1962.

BORREL Y SOLER, Antonio M.<sup>a</sup>:

- *El contrato de compraventa según el Código civil español*, Barcelona, 1952.

BOYER, L. :

- *Recherches historiques sur la résolution des contrats*, París, 1924.

BRECCIA, Umberto:

- *Le obbligazioni*, en *Trattato di Diritto Privato*, Milán, 1991.

BUSNELLI, Francesco Donato:

- *La lesione del credito da parte di terzi*, Milán, 1964.

BUNDESMINISTER DER JUSTIZ:

- *Abschlußbericht der Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts*, 1992.

CABALLERO LOZANO, José María:

- *La mora del acreedor*, Barcelona, 1992.

CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio:

- «La imposibilidad sobrevenida de la prestación por falta de cooperación del acreedor», en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, pp. 117 a 128.
- *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, 1993.
- «Novación (Dº. Civil)», en *E.J.B.*, vol. III, Madrid, 1995, pp. 4456 a 4458.

- «Contrato de obra (Dº. Civil)», en *E.J.B.*, vol. I, Madrid, 1995, pp. 1597 a 1604.
- «Artículo 25», en *La Compraventa Internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1997, pp. 211 a 222.
- «Artículo 26», en *La Compraventa Internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1997, pp. 223 a 226.
- «Artículo 27», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1998, pp. 226 a 229.
- «La mora del acreedor», *A.D.C.*, 1987, fascículo II, p. 1341 a 1422.

CADARSO PALAU, Juan:

- “Notas en torno a algunas vicisitudes (extintivas, modificativas) del contrato de obra y su repercusión en el precio: I.- El desistimiento del dueño en el contrato de obra y la indemnización al contratista. II.- El problema de las variaciones y aumentos de obra y la revisión de precios”, en *Arrendamiento de obra y servicios. Arrendamientos rústicos, Cuadernos de Derecho judicial*, C.G.P.J., XVII, Madrid, 1994, pp. 187 a 214.

CAFFARENA LAPORTA, Jorge:

- «Comentario a los artículos 1137 a 1148», en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, 2ª edición, Madrid, 1991, pp. 117 a 149.
- «Artículo 66», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1998, p. 514 a 524.
- «Artículo 66», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1998, p. 514 a 524.
- «Artículo 67», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1998, pp. 524 a 536.
- «Artículo 68», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1998, pp. 536 a 544.
- «Artículo 69» en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1998, pp. 544 a 551.

- «Artículo 70» en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1998, pp. 552 a 559.

CAMY SÁNCHEZ CAÑETE, Buenaventura:

- «Comentario a la resolución de 13 de junio de 1962», *R.D.P.*, julio-agosto, 1962, pp. 681-684.

CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, José Ignacio:

- *La mora*, Madrid, 1978.
- *La exteriorización de los actos jurídicos: su forma y la protección de su apariencia*, Barcelona, 1990.

CAPILLA RONCERO, Francisco:

- « STS de 18 de diciembre de 1985. Compraventa de inmueble bajo condición; condición suspensiva imposible; imposibilidad legal de otorgar licencia de edificación en el tiempo pactado; conducta del interesado impeditiva del cumplimiento de la condición. Resolución del contrato. Eficacia probatoria de documento público; prueba de presunciones y consecuencias jurídicas dimanantes de un acto», *C.C.J.C.*, núm. 10, enero/marzo 1986, pp. 3327 a 3336.
- *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*, Jerez, 1989.
- «Declaración unilateral (Dº. civil)», *E.J.B.*, vol. II, Madrid, 1995, pp. 1931 y 1932.
- «Aceptación», *E.J.B.*, vol. I, Madrid, 1995, pp. 144 a 146.
- «Arrendamiento de servicios (Dº Civil)», *E.J.B.*, vol. I, Madrid, 1995, pp. 575 a 576.

CAPITANT, Henri:

- *De la cause des obligations*, París, 1924.

CARBONNIER, Jean:

- *Droit civil*, tomo 4, *Les obligations*, 18ª edición, París, 1994.

CARNEVALI, Ugo:

- «Artículo 1453», en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cargo de Francesco Galgano, *Libro quarto: Delle Obbligazioni. Della Risoluzione per Inadempimento*, Angelo Luminoso, Ugo Carnevali y Maria Costanza, tomo I, 1, Bolonia, 1990, pp. 39 a 116.

CARRASCO PEREA, Ángel:

- «Restitución de provechos (y II)», *A.D.C.*, XLI, fascículo I, enero-marzo, 1988, pp. 5 a 151.
- «STS de 7 de mayo de 1993. Compraventa: distinción entre la civil y la mercantil; saneamiento e incumplimiento», *C.C.J.C.*, núm. 32, abril-agosto 1993, pp. 557 a 335.

CASELLA, Giovanni:

- *La risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta*, Turín, 2001.

CASSIN, René:

- «Réflexions sur la résolution judiciaire des contrats pour inexécution», *Revue Trimestrelle de Droit civil*, 1945, pp. 159 a 180.

CASTÁN TOBEÑAS, José:

- *Derecho civil español, común y foral*, tomo III, *Derecho de obligaciones. La obligación y el contrato en general*, 15ª edición revisada y puesta al día por Gabriel García Cantero, Madrid, 1988.

CASTILLA BAREA, Margarita:

- *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Madrid, 2001.

CASTRO Y BRAVO, Federico de:

- *Derecho civil de España*, tomo I, 2ª edición, Madrid, 1949.
- «Rapport sur les sanctions attachées à l'inexécution des obligations contractuelles en droit civil et commercial. Schéma sur le droit espagnol», en *Travaux de l'Association Henri Capitan des amis de la culture juridique français*, tomo XVII, 1964, pp. 95 a 104.
- *El Negocio Jurídico*, Madrid, 1971, edición facsímil, Madrid, 1985.

CIAN, Giorgio/TRABUCCHI, Alberto:

- *Commentario breve al Codice civile*, directores, con la colaboración de BAREL, Bruno., 5ª edición, Padua, 1997.

CLAVERÍA GOSÁLVEZ, Luis-Humberto:

- «STS de 23 de octubre de 1984. Interpretación del contrato. Cesión de contrato y cesión de crédito. Resolución de venta de bienes inmuebles por incumplimiento del comprador», *C.C.J.C.*, núm. 6, septiembre/diciembre 1984, pp. 2027 a 2035.
- «STS de 30 diciembre de 1985. Causa del contrato y motivo determinante incorporado. Influencia de la causa en la vida del

contrato. Resolución. Interpretación y calificación del contrato», *C.C.J.C.*, núm. 10, enero/marzo 1986, pp. 3387 a 3394.

- «STS de 8 de julio de 1983: incongruencia. Resolución por incumplimiento, judicial y extrajudicial. Desistimiento unilateral del comitente en el contrato de arrendamiento de obra», *C.C.J.C.*, núm. 3, pp. 849 a 858.

CLEMENTE DE DIEGO, Felipe:

- *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, tomo 4º, *Derecho de Obligaciones*, Madrid, 1919.
- *Instituciones de Derecho civil español*, tomo II, *Derecho de obligaciones. Contratos. Derecho de familia*, nueva edición revisada y puesta al día por Alfonso de Cossío y Corral y Antonio Gullón Ballesteros, Madrid, 1959.

CLEMENTE MEORO, Mario:

- *La resolución de los contratos por incumplimiento. (Estudio comparativo, doctrinal y jurisprudencial del Derecho inglés y del Derecho español)*, Valencia, 1992.
- *La facultad de resolver los contratos por incumplimiento*, Valencia, 1998.
- *El acreedor de dominio*, Valencia, 2000.

COCA PAYERAS, Miguel:

- «Comentario al artículo 1262», en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, 2ª edición, Madrid, 1993, pp. 446 a 454.

COLIN, Ambroise Y CAPITANT, Henri:

- *Curso elemental de Derecho civil*, tomo III, traducido por Demófilo de Buen, Madrid, 1924.

COMAS, Augusto:

- *La revisión del Código civil español*, tomo IV, Madrid, 1902.

CONSTANTINESCO, Léontin-Jean :

- *Inexécution et faute contractuelle en Droit comparé. (Droits français, allemand, anglais)*, Bruselas, 1960.

CORDERO LOBATO, Encarna:

- «Notas al Proyecto de Ley por el que se modifica la regulación del Código Civil sobre los contratos de servicios y de obra», *R.D.P.*, núm. 79, 1995, pp. 875 a 898.

CORNELL INTERNATIONAL LAW JOURNAL:

- *Review of the Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG)*, Boston, la Haya, Londres, 1995.

COSSÍO Y CORRAL, Alfonso de:

- «Los riesgos en la compraventa civil y mercantil», *R.D.P.*, núm. 326, mayo 1944, pp. 361 a 400.
- «La transmisión pasiva de obligaciones a título singular», *A.A.M.N.*, 1945, I, pp. 183 a 206.

COSTANZA, Maria:

- «Art. 1454 Codice civile», en *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cargo de Francesco Galgano, *Libro quarto: Delle Obbligazioni. Della Risoluzione per Inadempimento*, Angelo Luminoso, Ugo Carnevali y Maria Costanza, tomo I, 1, Bolonia, 1990, pp. 431 a 448.

CRISTÓBAL MONTES, Ángel:

- *La mora del deudor en los contratos bilaterales*, Madrid, 1984.
- *El incumplimiento de las obligaciones*, Madrid, 1989.
- «El 'commodum representationis' del artículo 1.186 del Código civil», *A.D.C.*, 1987, fascículo II, abril-junio, pp. 601 a 613.

CUADRADO PÉREZ, Carlos:

- *Oferta, aceptación y conclusión del contrato*, Bolonia, 2003.

CUBEDDU, Maria Giovanna:

- *L'importanza dell'inadempimento*, Turín, 1995.

DATE-BAH, S.K.:

- «Article 26», en Bianca/Bonell, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milán, 1987, pp. 222 a 226.

DELL'AQUILA, Enrico:

- *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*, Salamanca, 1981.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús:

- «STS de 17 de junio de 1986. Resolución: efectos, retroactividad, indemnización, intereses, mejoras», *C.C.J.C.*, núm. 11, abril/agosto 1986, pp. 3773 a 3788.

- «Comentario a la Resolución de la DGRN de 16 de septiembre de 1987», *C.C.J.C.*, núm. 15, septiembre/diciembre 1987, pp. 5005 a 5014.

DEMOLOMBE, C.:

- *Cours de Code Napoléon*, vol. XXV, «Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général», tomo II, París, 1877.

DÍAZ MORENO, Alejandro:

- «El artículo 1504 del Código civil. Resolución unilateral y privada del contrato. Comentario a la STS de 29 de abril de 1998 (Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros; RA 3269)», *RdPat*, núm. 2, 1999, pp. 155 a 160.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Gema:

- *La mora y la responsabilidad contractual*, Madrid, 1996.

DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN, Antonio:

- *Instituciones de Derecho civil*, vol. I/1, *Introducción. Parte general. Derecho de la persona*, 2ª edición, Madrid, 1998.
- *Instituciones de Derecho civil I/2, Doctrina general del contrato y de las obligaciones. Contratos en especial. Cuasicontratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 2ª edición en dos volúmenes, Madrid, 1998.
- *Sistema de Derecho civil*, vol. II, *El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimientos sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 8ª edición revisada y puesta al día, Madrid, 1999.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis:

- *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1963.
- «El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos», *A.D.C.*, 1969, fascículo II, abril-junio, pp. 383 a 404.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, *Introducción. Teoría del contrato*, 1ª edición, Madrid, 1970.
- *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. I, 2ª edición reimpresión, Madrid, 1979.
- *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, vol. II, 2ª edición reimpresión, Madrid, 1979.
- «Resolución (Dº Civil)», *E.J.B.*, vol. IV, Madrid, 1995, pp. 5889 a 5899.



- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, *Introducción. Teoría del contrato*, 5ª edición, Madrid, 1996.
- *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, *Las relaciones obligatorias*, 5ª edición, Madrid, 1996.
- «La cláusula *rebus sic stantibus*», en *Extinción de obligaciones*, director J.R. Ferrándiz, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XXVI, 1996, pp. 671 a 686.
- «Artículo 62», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1998, pp. 496 a 499.
- «Artículo 63», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1998, pp. 499 a 502.
- «Artículo 64», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1998, pp. 503 a 508.

DÍEZ-PICAZO, Luis/ROCA, Encarna/MORALES, Antonio Manuel:

- *Los Principios del Derecho Europeo de Contratos*, Madrid, 2002.

DOMAT, Jean:

- *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, París, 1771.

DURANY I PICH, S.:

- «Perfección del contrato (Derecho civil)», *E.J.B.*, vol. III, Madrid, 1995, pp. 4839 a 4844.

ELÍAS, José Antonio:

- *Derecho civil general y foral de España*, vol. II, tomo III, 2ª edición, Madrid, 1884.

EMMERICH, Volker:

- «§ 275 BGB», *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, tomo II, *Schuldrecht Allgemeiner Teil (§§ 241-432)*, 3ª edición, Munich, 1994, pp. 781 a 808.
- «§ 281 BGB», *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, tomo II, *Schuldrecht Allgemeiner Teil (§§ 241-432)*, 3ª edición, Munich, 1994, pp. 917 a 925.
- «§ 323 BGB», *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, tomo II, *Schuldrecht Allgemeiner Teil (§§ 241-432)*, 3ª edición, Munich, 1994, pp. 1172 a 1184.

- «§ 325 BGB», *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, tomo II, *Schuldrecht Allgemeiner Teil* (§§ 241-432), 3ª edición, Munich, 1994, pp. 1196 a 1230.
- «§ 326 BGB», *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, tomo II, *Schuldrecht Allgemeiner Teil* (§§ 241-432), 3ª edición, Munich, 1994, pp. 1231 a 1265.

ENNECCERUS, Ludwig-KIPP, Theodor-WOLF, Martin:

- *Tratado de Derecho civil*, tomo II, revisado por Heinrich Lehmann, *Derecho de obligaciones*, vol. 1, *Doctrina general*, traducción de la 35ª edición alemana por Blas Pérez González y José Alguer, 1ª edición, Barcelona, 1933.

ESPERT SANZ, Vicente:

- *La frustración del fin del contrato*, Madrid, 1968.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego:

- *Manual de Derecho civil español*, vol. I, *Parte general*, 8ª edición, Madrid, 1982.

ESSER, Josef/SCHMIDT, Eike:

- *Schuldrecht: ein Lehrbuch*, tomo I, *Allgemeiner Teil*, 6ª edición, Heidelberg, 1984.

FARNSWORTH, E. Allan:

- «Article 8», en Bianca/Bonell, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, 1987, pp. 95 a 102.

FENOY PICÓN, Nieves:

- *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, Madrid, 1996.
- «STS de 18 de abril de 1995. Contrato de obra. Su distinción con la compraventa. *Causa petendi*: principio de sustanciación. Defectos en la cosa. Posibilidad de repararlos. Acción resolutoria del artículo 1124.I CC. Incumplimiento en el contrato», *C.C.J.C.*, núm 39, septiembre/diciembre 1995, pp. 977 a 995.
- «STS de 20 de noviembre de 1991. Compraventa mercantil. Vicios ocultos. Plazo de denuncia y plazo de ejercicio de acciones. *Aliud pro alio*. Reconocimiento por el vendedor del carácter defectuoso de la mercancía, admisión de la resolución del contrato, y compromiso de reparación de los posibles daños sufridos por el comprador», *C.C.J.C.*, núm. 28, enero-marzo 1992, pp. 23 a 33.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, Ángela:

- *La lesión extracontractual del crédito*, Valencia, 1996.

FERNÁNDEZ CANTOS, José Luis:

- «La resolución de los contratos por causa de incumplimiento. (Requisitos necesarios para la aplicación del artículo 1.124)», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1960, núm. 209, pp. 34 a 114.

FERNÁNDEZ ELÍAS, Clemente:

- *Novísimo tratado histórico filosófico del Derecho civil español*, Madrid, 1873.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ-REGUERAL, M.<sup>a</sup> Ángeles:

- *La resolución por incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Madrid, 1998.

FERNÁNDEZ-HIERRO, J. Manuel:

- *La modificación del contrato*, Pamplona, 1992.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Carlos:

- «Término esencial. (Sentencia de 24 de septiembre de 1954)», *A.D.C.*, 1954, tomo VII, fascículo IV, octubre-diciembre, pp. 937 a 942.

FERNÁNDEZ URZAINQUI, Francisco Javier:

- «La regla de la simultaneidad en el cumplimiento de las obligaciones bilaterales», *R.C.D.I.*, año LXXIII, marzo-abril 1997, núm. 639, pp. 403 a 462.
- «El incumplimiento resolutorio de los contratos bilaterales», *Aranzadi civil*, 1997, tomo I, vol. I, pp. 51 a 85.

FERRÁNDIZ GABRIEL, José Ramón:

- «Perfección, sustantividad y eficacia de la declaración de voluntad recepticia», *R.J.C.*, 1986, núm. 1, pp. 105 a 126.

FLUME, Werner:

- *El negocio jurídico, Parte general del Derecho civil*, tomo II, 4ª edición no modificada, traducido por José María Miquel González y Esther Gómez Calle, Madrid, 1998.

FÖRSCHLER, Hermann:

- «§ 125 BGB», núm. 15, en *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, tomo I, *Einleitung und Allgemeiner Teil (§§ 1-240. AGB-Gesetz)*, 3ª edición, Munich, 1993, pp. 1007 a 1032.

GALGANO, Francesco:

- *Diritto civile e Commerciale*, vol. II, *Le obbligazioni e i contratti*, tomo I, *Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, 3ª edición, Padua, 1999.
- *El Negocio jurídico*, traducido por Francisco de P. Blasco Gascó y Lorenzo Prats Albentosa, Valencia, 1992.

GALLART CASES, Ricardo:

- «El momento de la perfección del contrato entre ausentes», *R.J.C.*, núm. 77, 1960, pp. 290 a 300.

GARCÍA CANTERO, Gabriel:

- «Comentarios a los artículos 1445 a 1541 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, tomo XIX, 2ª edición, Madrid, 1991.

GARCÍA GOYENA, Florencio:

- *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, reimpresión de la edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, con una nota preliminar del Profesor Lacruz Berdejo y una tabla de concordancias con el Código civil vigente, Zaragoza, 1974.

GARCÍA ORMAECHEA Y MENDOZA, Rafael:

- *Jurisprudencia del Código civil (1889-1926) recopilada y articulada conforme al mismo*, Madrid, 1928.

GARCÍA PASTOR, Milagros:

- «La mora en las obligaciones recíprocas: una nueva propuesta», *R.D.P.*, septiembre de 1999, pp. 579 a 595.

GARCÍA VICENTE, José Ramón:

- *Ley de Contratos celebrados fuera de establecimientos mercantiles: el derecho de revocación*, Pamplona, 1997.

GAZZONI, Francesco:

- *Obbligazioni e contratti*, Nápoles, 1990.

GETE-ALONSO Y CALERA, M.<sup>a</sup> del Carmen:

- «STS de 7 de marzo de 1985. Resolución por pacto de contrato de compraventa. Intimidación con ejercicio de acción judicial. Ejercicio correcto de un derecho», *C.C.J.C.*, núm. 8, abril/agosto 1985, pp. 2479 a 2486.

GHESTIN, Jacques/DESCHE, Bernard:

- *La vente*, en *Traité des contrats* dirigido por Jacques Ghestin, París, 1990.

GHESTIN, Jacques/BILLIAU, Marc:

- *Les obligations. Les effets du contrat en Traité de Droit civil*, dirigido por Jacques Ghestin, París, 1992.

GHESTIN, Jacques :

- «Les obligations du vendeur», *La Convention de Vienne sur la vente internationale et les Incoterms. Actes du colloque des 1 et 2 décembre 1989*, bajo la dirección del Jacques Ghestin e Yves Derains, París, pp. 83 a 114.

GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro/MONTALBÁN, Juan Manuel:

- *Elementos del Derecho civil de España precedidos de una reseña histórica*, tomo II, 4.<sup>a</sup> edición, Madrid, 1851.

GÓMEZ-SALVAGO SÁNCHEZ, C.:

- «Notificación (D.º Civil)», *E.J.B.*, vol. II, Madrid, 1995, pp. 4449 a 4451.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Aurora:

- *La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales*, Barcelona, 1987.

GONZÁLEZ PORRAS, José Manuel:

- «Comentario al artículo 1182 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, tomo XVI, vol. 1º, 2ª edición, Madrid, 1991, pp. 301 a 327.
- «Comentario al artículo 1184 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo

y Silvia Díaz Alabart, tomo XVI, vol. 1º, 2ª edición, Madrid, 1991, pp. 338 a 353.

- «Comentario al artículo 1186 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, tomo XVI, vol. 1º, 2ª edición, Madrid, 1991, pp. 363 a 380.

GONZÁLEZ POVEDA, Pedro:

- «La Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el artículo 1504 del Código civil», *A.A.M.N.*, tomo XXXVI, pp. 176 a 215.
- «Artículo 1505», *Comentario del Código civil*, coordinado por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, tomo 7, «Arts. 1315 al 1789», Barcelona, 2000, pp. 455 a 456.
- «Artículo 1595» *Comentario del Código civil*, coordinado por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, tomo 7, «Arts. 1315 al 1789», Barcelona, 2000, pp. 678 a 679.

GRACIA PELIGERO, C. J./MAINER ENE, M.P.:

- *La solución transaccional: análisis de sus posibilidades*, Madrid, 1998.

GRAMUNT FONTBUENA, M.ª Dolores:

- *La mora del deudor en el Código civil*, Barcelona, 1993.

GULLÓN BALLESTEROS, Antonio:

- «La transacción», en *Tratado práctico y crítico de Derecho Civil*, tomo 48, vol. II, Madrid, 1964.

GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito:

- *Códigos o estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, tomo IV, *Tratado de las obligaciones*, 1ª edición, Madrid, 1869.

HAANAPPEL, Peter P.C. Y MACKAAY, Ejan:

- *Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek het Vermogensrecht (Zakenrecht, Verbintenissenrecht en Bijzondere Overeenkomsten)*, bajo los auspicios del Ministerio de justicia de los Países-Bajos y del Centro de Derecho privado y Comparado de Quebec, Deventer/Boston, 1992.

HARTKAMP, Arthur S.:

- «La révision du Code civil aux Pays-Bas 1947-1992», en *Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek. Het Vermogensrecht*, traducido al francés y al inglés por Haanappel/Mackaay, bajo los auspicios del

Ministerio de justicia Holandés y el Centro de Estudios de Derecho privado y comparado de Quebec, Deventer-Boston, 1990.

HARTKAMP, Arthur S./TILLEMA, Marianne M.:

- *Contract Law in the Netherlands*, La Haya, Londres, Boston, 1995.

HAZA, Pilar de la:

- *El incumplimiento resolutorio. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 1996.

HEUZE, Vincent:

- *La vente internationale de marchandises. Droit uniforme*, París, 1992.

HONNOLD, John:

- *Documentary History of the Uniform Law for International Sales. The studies, deliberations and decisions that led to the 1980 United Nations Convention with introductions and explanations*, Deventer/Holanda, 1980.
- *Uniform Law for International Sales. Under the 1980 United Nations Convention*, 2ª edición, Deventer/Holanda, Amberes, Boston, Londres, Fracfort, 1987 (1ª edición de 1982).
- *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3ª edición, La Haya, 1999.

HUBER, Peter:

- "Der Nacherfüllungsanspruch im neuen Kaufrecht", *N.J.W.*, 2002, vol. 14, pp. 1004 a 1008.

HUBER, Ulrich:

- «Leistungsstörungen», *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts heraus gegeben vom Bundesminister*, tomo I, Colonia, 1981, pp. 647 a 909.
- «Article 45», en Schlechtriem, Peter, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of goods (CISG)*, 2ª edición, traducida al inglés, Oxford, 1998, pp. 355 a 374.
- «Article 47», núm. 1, en Schlechtriem, Peter, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of goods (CISG)*, 2ª edición, traducida al inglés, Oxford, 1998, pp. 394 a 400.
- «Article 49», núm. 24, en Schlechtriem, Peter, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of goods (CISG)*, 2ª edición, traducida al inglés, Oxford, 1998, pp. 414 a 436.

HUET, Jérôme:

- *Responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés. Contrats civils et commerciaux*, París, 1987.

IRURZUN GOICOA, Domingo:

- «La cláusula resolutoria y el pacto comisorio», en *Estudios de Derecho Privado* bajo la dirección de Antonio de la Esperanza Martínez-Radio, Madrid, 1965, pp. 1 a 55.

JANBEN, Fritz:

- «§ 361 BGB», *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, tomo II, *Schuldrecht Allgemeiner Teil* (§§ 241-432), 3ª edición, Munich, 1994, pp. 1430 a 1431.
- «Vor § 346 BGB», *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch*, tomo 2, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil* (§§ 241-432), 3ª edición, Munich, 1994, pp. 1388 a 1405.
- «§ 349 BGB», *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, tomo II, *Schuldrecht Allgemeiner Teil* (§§ 241-432), 3ª edición, Munich, 1994, pp. 1414 a 1416.
- «§ 355 BGB», *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, tomo II, *Schuldrecht Allgemeiner Teil* (§§ 241-432), 3ª edición, Munich, 1994, pp. 1424 a 1425.

JORDANO BAREA, Juan Bautista:

- «La interpretación de los contratos» en *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. I, Madrid, 1988, pp. 309 a 336.
- «Cumplimiento tardío y facultad resolutoria tácita. Comentario a la sentencia de 9 de junio de 1950», *A.D.C.*, 1951, fascículo I, enero-marzo, pp. 303 a 310.
- «Artículo 1281», *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 2ª edición, Madrid, 1993, pp. 509 y 510.
- «Artículo 1282» *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 2ª edición, Madrid, 1993, pp. 511-512.
- «Artículo 1284», *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 2ª edición, Madrid, 1993, pp. 513-514.
- «Artículo 1287», *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 2ª edición, Madrid, 1993, p. 516.
- «Artículo 1288», *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, 2ª edición, Madrid, 1993, p. 518.



JORDANO FRAGA, Francisco:

- «STS de 13 de marzo de 1987. Imposibilidad temporal liberatoria de la obligación en un contrato sinalagmático. Plazo de cumplimiento de la obligación recíproca parcialmente no cumplida. Cláusula *rebus sic stantibus*. Enriquecimiento sin causa», *C.C.J.C.*, núm. 13, enero/marzo 1987, pp. 4423 a 4436.
- «STS de 26 de noviembre de 1987: Indemnización en caso de resolución por incumplimiento de contrato sinalagmático. Lucro cesante. Indemnización calculada en moneda extranjera y conversión en moneda nacional. Actualización del importe líquido de la indemnización», *C.C.J.C.*, núm. 15, septiembre/diciembre 1987, pp. 5183 a 5207.
- *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987.
- «STS de 23 de octubre de 1990. Caso fortuito o incumplimiento de una obligación recíproca en un contrato sinalagmático. Indemnización en caso de resolución contractual», *C.C.J.C.* núm. 24, septiembre/diciembre 1990, pp. 1097 a 1114.
- *La resolución por incumplimiento en la compraventa inmobiliaria. Estudio jurisprudencial del artículo 1.504 del Código civil*, Madrid, 1992.
- *La responsabilidad del deudor por los auxiliares que utiliza en el cumplimiento*, Madrid, 1994.

JUNGE, Werner:

- «Artículo 8» en Schlechtriem, *Commentary on the U.N. Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, 2ª edición, Oxford, 1998, pp. 69 a 74.

KAROLLUS, Martin:

- «Artículo 26», en *Kommentar zum UN-Kaufrecht: Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)*, dirigido por Honsell, Berlín/Heidelberg/Nueva York, 1997, pp. 277 a 286.
- «Artículo 27», en *Kommentar zum UN-Kaufrecht: Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (CISG)*, dirigido por Honsell, Berlín/Heidelberg/Nueva York, 1997, pp. 287 a 297.

KNAPP, V.:

- «Article 62», en Bianca/Bonell, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milán, 1987, pp. 451 a 455.

- «Article 63», en Bianca/Bonell, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milán, 1987, pp. 456 a 464.
- «Article 64», en Bianca/Bonell, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milán, 1987, pp. 465 a 474.

KOHLTE, W./MICKLITZ, H.-W./ROTT, P./TONNER, K./WILLINGMANN, A.:

- *Das neue Schuldrecht-Kompaktcommentar*, Munich, 2003.

LACRUZ BERDEJO, José Luis:

- *Elementos de Derecho civil*, tomo II, *Derecho de Obligaciones*, vol. 1º, *Parte General. Delito y cuasidelito*, 1ª edición, Barcelona, 1977.
- *Elementos de Derecho civil*, tomo I, *Parte General del Derecho civil*, vol. 3º, *El derecho subjetivo*, Barcelona, 1984.
- *Elementos de Derecho Civil*, tomo II, *Derecho de Obligaciones*, vol. 1º, *Parte General. Teoría General del Contrato*, 3ª edición, Barcelona, 1994.
- *Elementos de Derecho civil*, tomo II, *Derecho de Obligaciones*, vol. 2º, *Contratos y cuasicontratos delito y cuasidelito*, 3ª edición, Barcelona, 1995.
- *Elementos de Derecho civil*, tomo II, *Derecho de Obligaciones*, vol. 1º, *Parte general. Teoría general del contrato*, nueva edición revisada por Francisco Rivero Henández, Madrid, 1999.
- *Elementos de Derecho civil*, tomo II, *Derecho de Obligaciones*, vol. 2º, *Contratos en particular*, 2ª edición, *Contratos en particular*, nueva edición revisada y puesta al día por Francisco Rivero Hernández, Madrid, 1999.

LAGUNA SERRANO, Antonio:

- *Prontuario de la jurisprudencia civil española. Ordenación de las sentencias del Tribunal Supremo desde 1882 a 1931 con sujeción al articulado de las leyes*, 1ª edición, Madrid, 1931.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ, Enrique:

- «Sobre la perfección de los contratos en el Código civil», *La Ley*, 1989-2, pp. 1135 a 1154.

LAMARCA MARQUÈS, Albert:

- *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Bolonia, 2001.

LANDO, Ole/BEALE, Hugh:

- *Principles of European Contract Law. Part I: Performance, Non-performance and Remedies. Prepared by The Commission on European Contract Law*, Dordrecht/Boston/Londres, 1995.
- *Principles of European Contract Law. Parts I and II, combined and revised edición Prepared by The Commission on European Contract Law*, La Haya, 2000.

LARENZ, Karl:

- *Lehrbuch des Schuldrechts*, tomo I, «Allgemeiner Teil», 14ª edición, Munich, 1987.
- *Derecho civil. Parte general*, traducción y notas de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea, Madrid, 1978.

LARROUMET, Christian:

- *Droit civil. Les obligations*, 1ª parte, tomo III, 2ª edición, París, 1990.

LESER, Hans:

- «Article 26», en Schlechtriem, Peter, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of goods (CISG)*, 2ª edición, traducida al inglés, Oxford, 1998, pp. 186 a 190.

LLÁCER MATAACÁS, M.ª Rosa:

- *El saneamiento por vicios ocultos en el Código Civil: su naturaleza jurídica*, Barcelona, 1992.

LLAMAS POMBO, Eugenio:

- *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor. Entre la aestimatio rei y el id quod interest*, Madrid, 1999.

LÓPEZ Y LÓPEZ, Ángel:

- «Artículo 8», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1998, pp. 113 a 131.
- «Artículo 47», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1998, pp. 423 a 426.
- «Artículo 49», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1998, pp. 435 a 444.

- «Artículos 1281 y 1282 CC», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, tomo XVII, vol. 2º, 2ª edición, Madrid, 1995, pp. 31 a 43.
- «Documento privado (D.º Civil)», *E.J.B.*, pp. 2576 y 2577.

LÓPEZ MERINO, Francisco:

- *La notificación en el ordenamiento jurídico español*, 2ª edición, Granada, 1989.

LUCAS FERNÁNDEZ, Francisco:

- «Comentario al artículo 1568» en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, 2ª edición, Madrid, 1993, pp. 1131 a 1133.
- «Artículo 1594» en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo XX, vol. 2º, «Artículos 1583 a 1603 del Código civil», Madrid, 1986, pp. 401 a 422.
- «Artículo 1595», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* dirigidos por Manuel Albadalejo, tomo XX, vol. 2º, «Artículos 1583 a 1603 del Código civil», Madrid, 1986, pp. 423 a 436.

LUMINOSO, Angelo:

- «Artículo 1453», en Scialoja-Branca a cargo de F. Galgano, *Commentario del Codice Civil, Libro Quarto- Delle Obbligazioni. Della Risoluzione per inadempimento*, Tomo I, 1, «Arts. 1.453-1.454», Bolonia-Roma, 1990, pp. 1 a 39.

MAGARIÑOS BLANCO, Victorio:

- «Eficacia y alcance de la cláusula resolutoria en garantía del precio aplazado en la compraventa de bienes inmuebles», *R.C.D.I.*, número 608, enero-febrero, 1992, pp. 63 a 142.

MAJO, Adolfo:

- Voz «Termine (dir. priv.)», en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XLIV, (Tariffa-Trattato), Varese, 1992, pp. 187 a 220.

MALAURIE, Philippe/AYNES, Laurent:

- *Cours de Droit civil*, tomo VI, *Les obligations*, 6ª edición, París, 1995.

MANRESA Y NAVARRO, José María:

- *Comentarios al Código civil español por D. José María Manresa y Navarro, con la colaboración de varios jurisconsultos y una*

*introducción del Excmo. Sr. D. Francisco de Cárdenas*, tomo VIII, 1ª edición, Madrid, 1901 (4ª edición 1929, 6ª edición, 1943).

- *Comentarios al Código civil español por D. José María Manresa y Navarro, con la colaboración de varios jurisconsultos y una introducción del Excmo. Sr. D. Francisco de Cárdenas*, tomo VIII, vol. I, revisada por Miguel Moreno Mocholi, Madrid, 1967.
- *Comentarios al Código civil español por D. José María Manresa y Navarro, con la colaboración de varios jurisconsultos y una introducción del Excmo. Sr. D. Francisco de Cárdenas*, tomo X, Madrid, 1905 (3ª edición 1919).

MARTÍNEZ RUIZ, Antonio:

- *El Código civil interpretado por el Tribunal Supremo*, tomo X, 2ª edición, Madrid, 1926.

MARTÍNEZ SANCHÍZ, José Ángel:

- «El deterioro del pacto resolutorio en la jurisprudencia hipotecaria», *A.D.C.*, 1989, fascículo IV, octubre-diciembre, pp. 1169 a 1224.
- «Comentario al artículo 1504», *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, 2ª edición, Madrid, 1993, pp. 984 a 987.
- «Comentario al artículo 1505», *Comentario del Código civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, tomo II, 2ª edición, Madrid, 1993, pp. 987 a 988.

MARTÍNEZ SANZ, Fernando:

- «STS de 15 de noviembre de 1997. Contrato de distribución en exclusiva; resolución por el concedente sin mediar justa causa; obligación de indemnizar los daños y perjuicios causado, entre los que se incluye el resarcimiento por clientela», *C.C.J.C.*, enero/marzo 1998, núm. 46, pp. 283 a 298, pp. 291 a 293.

MARTÍNEZ SARRIÓN, Ángel:

- «Repercusiones prácticas de escrituras notariales», *R.D.P.*, marzo 1964, pp. 183 a 207.

MARTY, Gabriel/RAYNAUD, Pierre:

- *Droit civil, Les obligations*, tomo I, 2ª edición, París, 1988.

MAZEAUD, Henri/MAZEAUD, Léon:

- *Leçons de Droit civil*, (por François Chabas), tomo II, vol. 1º, *Obligations, théorie générale*, 8ª edición, París, 1991.

MAZZONE, Rosario:

- «Il termine essenziale e la clausula risolutiva espressa», *Riv. dir. comm.*, 1922, II, pp. 539, nota a Cass. Roma (S.U.), 6 april 1922.

MEDICUS, Dieter:

- *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I, traducido por Ángel Martínez Sarrión, Barcelona, 1995.
- *Schuldrecht*, II, *Besonderer Teil*, 7ª edición, Munich, 1995.
- *Schuldrecht*, I, *Allgemeiner Teil*, 11ª edición Munich, 1999.

MÉLICH-ORSINI, José:

- *La resolución del contrato por incumplimiento*, Bogotá-Caracas, 1979.

MENÉNDEZ MATO, Juan Carlos:

- *La Oferta Contractual*, Pamplona, 1998.

MEZQUITA DEL CACHO, José Luis:

- «Artículo 1225», *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, tomo I, 2.ª edición, Madrid, 1993, pp. 355 a 359.

MIQUEL CALATAYUD, José Antonio:

- «Consideraciones sobre el impago del precio en la compra-venta», *R.C.D.I.*, año LVIII, 1985, núm. 571, pp. 1499 a 1540.

MIQUEL GONZÁLEZ, José María:

- «Artículo 7.º.1», *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, tomo I, 2.ª edición, Madrid, 1993, pp. 37 a 56.
- «Acto jurídico (Dº civil)», *E.J.B.*, vol. I, Madrid, 1995, pp. 195 a 196.
- «Reflexiones sobre las condiciones generales», en *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, Madrid, 1995, tomo IV, pp. 4941 a 4961.

MIQUEL RODRÍGUEZ, Jorge:

- *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, coordinados por Ignacio Arroyo Martínez y Jorge Miquel Rodríguez, Madrid, 1999.

MIRABELLI, Giuseppe:

- «Delle obbligazioni. Dei contratti in generale (Arts. 1321-1469)», en *Commentario del Codice civile*, Libro IV, tomo segundo, Título II, 3ª edición, Turín, 1980, reimpresión 1987.

MOLINER NAVARRO, Rosa María:

- «La pérdida de la cosa debida», en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Murcia, 1989, pp. 509 a 527.

MOLL DE ALBA, Chantal:

- *La resolución por impago de la compraventa inmobiliaria. La figura del pacto comisorio*, Barcelona, 1999.

MONTÉS PENADÉS, Vicente Luis:

- «Artículo 1124 del Código civil», *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo XV, Vol. 1º, Madrid, 1989, pp. 1171 a 1255.
- «Artículo 1125 del Código civil», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo XV, vol. 2º, Madrid, 1983, pp. 1 a 83.
- *Prólogo al libro de Mario Clemente Meoro, «La facultad de resolver las obligaciones por incumplimiento»*, Valencia, 1998.

MORALES MORENO, Antonio Manuel:

- «El alcance protector de las acciones edilicias», *A.D.C.*, 1980, fascículo III, julio-septiembre, pp. 585 a 686.
- «El 'propósito práctico' y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico)», *A.D.C.*, 1983, fascículo IV, octubre-diciembre, pp. 1529 a 1546.
- *El error en los contratos*, Madrid, 1988.
- «STS de 21 de octubre de 1988: Compraventa de inmueble con garantía de aprovechamiento útil para oficinas, Pretensión de reducción del precio ejercitada por la compradora, fundada en cláusula de garantía. Interpretación del contrato. Base del negocio y cláusula de garantía. Ejercicio de la facultad resolutoria y modificación posterior de la pretensión. Conducta contraria a la buena fe. Equivalencia de prestaciones y enriquecimiento sin causa. Ocultación de negociaciones mantenidas con la Administración por la compradora, tendentes a lograr un mayor aprovechamiento del edificio, cuyos resultados se intentan imponer a la vendedora», *C.C.J.C.*, núm. 18, septiembre/diciembre de 1988, pp. 919 a 933.
- «Artículo 1.486», *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, 2ª edición, Madrid, 1993, pp. 959 a 962.
- «STS de 18 de febrero de 1994. Compraventa de local para instalar un supermercado: existencia de normas que impiden ese destino. Error de los compradores: carácter esencial, excusabilidad (error imputable al

vendedor). Nulidad del contrato: restitución. Incumplimiento (*aliud pro alio*): Resolución», *C.C.J.C.*, núm. 35, enero/marzo 1994, pp. 619 a 630.

- voz «Causa (Dº. Civil)», *E.J.B.*, vol. I, Madrid, 1995, pp. 958 a 963.
- voz «Forma (Dº. Civil)», *E.J.B.*, vol. II, Madrid, 1995, pp. 3144 a 3146.
- *Prólogo al libro de Nieves Fenoy Picón, «Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)»*, Madrid, 1996.
- «Artículo 35», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1998, pp. 286 a 311.
- «Artículo 38», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, pp. 325 a 335.
- «Artículo 39», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, pp. 335 a 347.
- «Artículo 40», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo, pp. 347 a 355.
- «Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: la compraventa», en *XII Jornades de Dret Català a Tossa*, segunda ponencia, *La reforma dels Codis Civils en un context d'aproximació europea*.
- «Validez del contrato», en *Derecho Privado Europeo*, coordinado por Sergio Cámara Lapuente, Madrid, 2003, pp. 371 a 397.

MOSCO, Luigi:

- *La resolución de los contratos por incumplimiento*, traducción de la primera edición italiana, Barcelona, 1962.

MOZOS, José Luis de los:

- «La forma del negocio jurídico», *A.D.C.*, tomo XXI, fascículo IV, octubre-diciembre 1968, pp. 745 a 777.

MULLERAT BALMAÑA, Ramón, M.:

- «El pacto comisorio en las compraventas de inmuebles (Art. 1504 del Código civil)», *A.D.C.*, tomo XXIV, fascículo II, abril-junio 1971, pp. 481 a 529.

NATOLI, Ugo:

- «Diffida ad adempiere», en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XII, 1964, Milán, pp. 509 a 511.



- «Il termine essenziale», *Riv. dir. comm.*, año XLV, 1947, I, pp. 221 a 240.

NAVARRETE CANO, María Rosa:

- *La obligación de guarda del vendedor*, Valencia, 2003.

NAVARRO AMANDI, Mario:

- *Código civil de España*, tomo II, Madrid, 1880.

NEUMAYER, M./MING, C.:

- *Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises. Commentaire*, Lausana, 1993.

NÚÑEZ BOLUDA, M.<sup>a</sup> de los Desamparados:

- *El mutuo disenso*, Madrid, 1996.

OGÁYAR AYLLÓN, Tomás:

- *Efectos que produce la obligación bilateral. Doctrina jurisprudencial sobre los artículos 1124 y 1504 del CC*, Pamplona, 1983.

OLIVA BLÁZQUEZ: Francisco

- *La transmisión del riesgo en la compraventa internacional*, Valencia, 2000.

OSSORIO MORALES, Juan:

- «Notas sobre una teoría general del contrato», *R.D.P.*, diciembre, 1965, pp. 1071 a 1114.

OSTI, G.: «Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni», *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura civile*, 1954, p. 604

OYUELOS, Ricardo:

- *Digesto. Principios, doctrina y jurisprudencia referentes al Código civil español, concordados con los códigos americanos y portugués*, tomo V, *Artículos 1088 a 1314*, Madrid, 1928.

PALMIERI, Davide:

- *La risoluzione per inadempimento nella Giurisprudenza*, Milán, 1994.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando:

- «Resolución por incumplimiento e indemnización», *A.D.C.*, 1989, fascículo II, abril-junio, pp. 1143 a 1168.
- «El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)», *A.D.C.*, 1991, fascículo III, julio-septiembre, pp. 1019 a 1091.
- «Comentario al artículo 1902», en *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, 2ª edición, Madrid, 1993, pp. 1971 a 2003.
- «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *A.D.C.*, 1993, tomo XLVI, fascículo IV, octubre-diciembre, pp. 1719 a 1745.

PASCUAL ESTEVILL, Luis:

- *La responsabilidad contractual*, tomo II, vol. 1º, parte especial, Barcelona, 1989.

PAU PEDRÓN, Antonio:

- *La efectividad de la facultad resolutoria explícita*, Madrid, 1995.

PAULIN, Christophe:

- *La clause résolutoire*, París, 1996.

PELÁEZ SANZ, Francisco J.:

- *La transacción. Su eficacia procesal*, Barcelona, 1987.

PERALES VISCASILLAS, M.ª del Pilar:

- *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Valencia, 1996.

PÉREZ GONZÁLEZ, Blas/ALGUER, José:

- *Anotaciones a la obra Tratado de Derecho civil* por Enneccerus/Kipp/Wolf, tomo II, «Derecho de Obligaciones», por Enneccerus y revisado por Lehmann, vol. 1, *Doctrina general*, 1ª edición, Barcelona, 1933.
- *Anotaciones a la obra Tratado de Derecho civil* por Enneccerus/Kipp/Wolf, tomo II, «Derecho de Obligaciones», por Enneccerus y revisado por Lehmann, vol. 2, 1ª edición, Barcelona, 1933.
- *Anotaciones a la obra Tratado de Derecho civil* por Enneccerus/Kipp/Wolf, «Parte General» por Enneccerus, I, vol. 2, 1ª edición, Barcelona, 1935 (3ª edición al cuidado de Hernández Moreno y Gete-Alonso, Barcelona, 1981).

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen

- Requerimiento y Resolución en la Compraventa Inmobiliaria, Elcano, 2001.

PERLINGIERI, Pietro:

- «*Dei modi di estinzione delle obbligazioni diversi dall'adempimento. Arts. 1230 a 1259*», en *Commentario del Codice civile* a cargo de Antonio Scialoja y Giuseppe Branca, Bologna, 1975.

PINTÓ RUIZ, José J.:

- «En torno a la llamada condición resolutoria tácita (art. 1124 CC)», 1ª parte, *R.J.C.*, julio-agosto, 1953, pp. 291 a 303.
- «En torno a la llamada condición resolutoria tácita (art. 1124 CC)» 2ª parte, [continuación], *R.J.C.*, septiembre-octubre, 1953, pp. 424 a 446.
- «En torno a la llamada condición resolutoria tácita (art. 1124 CC)» [conclusión], *R.J.C.*, 1954, pp. 25 a 45.
- «Incumplimiento de las obligaciones civiles», en *N.E.J., Seix*, vol. XII, Barcelona, 1965, pp. 184 a 202.
- «Resolución del contrato y la regla '*Periculum est emptoris*'», *R.J.C.*, núm. 74, 1975, II, pp. 693 a 749.

PLANAS Y CASALS, José María:

- «Resolución de los contratos por incumplimiento de una de las partes», *R.J.C.*, 1895, tomo I, pp. 185 a 194.

PLANIOL, Marcel/RIPERT, Georges:

- *Traité pratique de Droit civil français*, tomo VI, *Les obligations*, Primera parte (por Paul Esmein), París, 1930.

POTHIER, ROBERT JOSEPH:

- *Traité du contrat de vente*, París, 1823.
- *Traité des obligations*, París, 1825.

PRATS ALVENTOSA (*sic*), Lorenzo:

- «STS de 29 de diciembre de 1995. Contrato de arrendamiento de obra: diferencias entre el ejercicio de la facultad resolutoria *ex* artículo 1124 del Código civil y el desistimiento del dueño de la obra *ex* artículo 1594 del Código civil», *C.C.J.C.*, núm. 41, abril/junio 1996, pp. 695 a 703.

PUIG BRUTAU: José

- *Fundamentos de Derecho civil*, tomo II, vol. 1, "Doctrina general del contrato, 1.ª edición, Barcelona, 1954.

- *Fundamentos de Derecho civil*, tomo II, Barcelona, 1978.

PUIG PEÑA, Federico:

- voz «Cláusula *rebus sic stantibus*», *N.E.J.*, tomo IV, Barcelona, 1952, pp. 195 a 204.
- «Declaración de voluntad», *N.E.J.*, tomo VI, Barcelona, 1952, pp. 283 a 290.
- «La culpabilidad y la resolución del negocio jurídico bilateral», *R.G.L.J.*, tomo 221, julio-agosto 1966, pp. 9 a 26.

RABEL, Ernst:

- «Unmöglichkeit der Leistung. Eine kritische Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch», en *Aus römischem und bürgerlichem Recht. Festschrift E.I. Bekker*, Weimar, 1970, pp. 171 a 237.

RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe:

- *Estudio legislativo y jurisprudencial del Derecho civil: obligaciones y contratos*, Madrid, 2000.

ROCA JUAN, Juan:

- «Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida (Notas al artículo 1186 del Código Civil)», en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Federico de Castro*, tomo II, Madrid, 1976, pp. 521 a 548.

ROCA SASTRE, Ramón M.<sup>a</sup>:

- *Estudios de Derecho Privado*, I, *Obligaciones y contratos*, Madrid, 1948.

ROCA SASTRE/ROCA-SASTRE MUNCUNILL:

- *Derecho Hipotecario. Fundamentos de la publicidad registral*, 8<sup>a</sup> edición revisada, ampliada y puesta al día, tomo III, Barcelona, 1995.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio:

- «Algunos aspectos de la 'Lex commissoria'», *R.C.D.I.*, año XLIV, enero-febrero de 1968, núm. 464, pp. 49 a 106.

RODRÍGUEZ MARÍN, Concepción:

- *El desistimiento unilateral (como causa de extinción del contrato)*, Madrid, 1991.

RODRÍGUEZ NAVARRO, Manuel:

- *Doctrina civil del Tribunal Supremo. Comprende las resoluciones recaídas en asuntos civiles, de derecho sustantivo del Tribunal Supremo y las de la Dirección General de los Registros y del Notariado, desde enero de 1889 hasta 31 de diciembre de 1959*, tomo III, Artículos 1088 a 1444, Madrid, 1951.

RODRÍGUEZ TAPIA, José M.:

- «Derechos potestativos (Dº Civil)», *E.J.B.*, vol. II, Madrid, 1995, pp. 2407 a 2409.

ROGEL VIDE, Carlos:

- «Momento y lugar de formación del contrato», *La Ley*, 1982-4, pp. 1253 a 1271.

ROJO AJURIA, Luis:

- «Interpretación de los contratos (Derecho civil)» en *E.J.B.*, Madrid, 1995, pp. 3693 a 3698.

ROVIRA JAÉN, Francisco Javier:

- *El pacto resolutorio en la venta de bienes inmuebles. (Su razón histórica)*, Madrid, 1996.

ROVIRA MOLA, Alberto/PALOMAR BARÓ, Alberto:

- «Problemas de la contratación entre personas distantes», *A.D.C.*, 1958, fascículo III, julio-septiembre, pp. 147 a 223.

SACCO, Rodolfo:

- *Il Contratto*, en *Trattato di Diritto Civile Italiano* dirigido por Filippo Vassalli, vol. VI, tomo 2, Turín, 1975.
- *Obbligazioni e contratti*, en *Trattato di Diritto privato*, dirigido por Pietro Rescigno, tomo II, Turín, 1982.

SALVADOR CODERCH, Pablo:

- «Comentario al artículo 1595», *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, tomo II, 2.ª edición, Madrid, 1993, pp. 1204 a 1206.
- «Artículo 1594», *Comentario del Código civil*, 2ª edición, Madrid, 1993, pp. 1202 a 1204.

SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula:

- «La excesiva onerosidad sobrevenida: una propuesta de regulación europea», *ADC*, 2002, fascículo III, julio-septiembre, pp. 1115 a 1132.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.<sup>a</sup> Paz:

- *Alteraciones económicas y obligaciones contractuales: la cláusula rebus sic stantibus*, Madrid, 1990.
- «Algunas notas para la elaboración de la doctrina jurisprudencial sobre la cláusula 'rebus sic stantibus'», *Actualidad civil*, XXX, 1990, semana 23, pp. 429 a 452.

SÁNCHEZ DE MOLINA BLANCO, José:

- *El Derecho civil español (en forma de Código)*, Madrid, 1871.

SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe:

- *Estudios de Derecho civil (según los principios, los precedentes y cuerpos legales del antiguo derecho de Castilla, las leyes civiles generales, las especialidades de las legislaciones forales, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el Código civil e Historia de general de la legislación española)*, tomo IV, *Derecho de obligaciones. Derecho de contratación*, 2<sup>a</sup> edición, reformada, corregida y aumentada, Madrid, 1899.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de A.:

- *La novación de las obligaciones*, Barcelona, 1964.

SANTOS BRIZ, Jaime:

- «Comentario al artículo 1124», en *Comentario del Código civil*, coordinado por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, tomo 6, Barcelona, 2000, pp. 210 a 218.
- «Comentario al artículo 1182», en *Comentario del Código civil*, coordinado por Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, tomo 6, Barcelona, 2000, pp. 376 a 378.
- «El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica», *R.D.P.*, mayo 1972, pp. 379 a 419, pp. 401-402.

SANTOS MORÓN, María José:

- *La forma de los contratos en el Código civil*, Madrid, 1996.

SAVATIER, RENE:

- *La théorie des obligations en droit privé économique*, 4<sup>a</sup> edición, París, 1979.

SCÆVOLA, Q. Mucius:

- *Código Civil Comentado y Concordado extensamente con arreglo a la edición oficial*, tomo XIX, Madrid, 1902.
- *Código Civil Comentado y Concordado extensamente con arreglo a la edición oficial*, tomo XXIII, Madrid, 1906.
- *Código civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución e un estudio comparativo de los principales códigos europeos*, por Pascual Marín Pérez, tomo XIX, 2ª edición, *De las obligaciones*, Madrid, 1957.

SCHLECHTRIEM, Peter:

- «Terminations of contracts under the Principles», en *Contratti commerciali internazionali e principi UNIDROIT*, a cargo de Michael J. Bonell y Franco Bonelli, Milán, 1997, pp. 249 a 269.
- «Article 27», *Commentary on the United Nations Convention on the International Sale of goods (CISG)*, 2ª edición traducida al inglés, Oxford, 1998, pp. 191 a 197.
- *Uniform Sales Law. The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, Viena, 1986, p. 60.

SCONAMIGLIO, Renato:

- *Contratti in generale*, en *Trattato di Diritto Civile*, dirigido por Grosso/Santoro-Passarelli, vol. IV, fascículo 2, Milán, 1961.

SERRA DOMÍNGUEZ, Adela:

- *La relación de servicios del abogado*, Valencia, 1999.

SOLER PRESAS, Ana:

- «Artículo 77», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1998, pp. 621 a 628.
- *La Valoración del Daño en el Contrato de Compraventa*, Pamplona, 1998.

STANISLAS, Guy:

- *Le Droit de résolution dans le contrat de vente. Sanction de l'inexécution des obligations contractuelles. Étude de Droit suisse*, Ginebra, 1979.

STARCK, Boris/ROLAND, Henri/BOYER, Laurent:

- *Obligations*, tomo II, *Contrat*, 5ª edición, París, 1995.
- *Obligations*, tomo II, *Contrat*, 2ª edición, París, 1986.

TALLON, Denis:

- «L'inexécution du contrat: pour une autre présentation», *R.T.D.C.*, 1994, pp. 223 a 238.

TAMAYO CARMONA, Juan Antonio:

- *Responsabilidad y riesgo contractual: normas de la Convención de Viena, sobre venta internacional de mercaderías e INCOTERMS 2000*, Valencia, 2002.

TERRAZA MARTORELL, Juan:

- *Modificación y resolución de los contratos por excesiva onerosidad*, Barcelona, 1951.

TERRE, François/SIMLER, Philippe/LEQUETTE, Yves:

- *Droit civil. Les obligations*, 5ª edición, París, 1993.

THODE, Reinhold :

- «§ 284 BGB», *Münchener Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch*, tomo II, *Schuldrecht Allgemeiner Teil* (§§ 241-432), 3ª edición, Munich, 1994, pp. 939 a 959.

TRABUCCHI, ALBERTO:

- *Istituzioni di Diritto civile*, 35ª edición, Milán, 1994.

TRAVIESAS, M. Miguel:

- «Obligaciones recíprocas», *R.D.P.*, núm. 192, 1929, pp. 273 a 288 y «Obligaciones recíprocas» (2ª parte), *R.D.P.*, 1929, pp. 320 a 330.

TREITEL, G.H.:

- *Remedies for Breach of Contract (a comparative Account)*, Oxford, 1988.

TRIMARCHI, Pietro:

- *Istituzioni di Diritto privato*, 11ª edición, Milán, 1996.

ULMER, Peter/BRANDNER, Hans Erich/HENSEN, Horts- Diether/SCHMIDT, Harry:

- «§ 11 Nr. 16 ABG-Gesetz», núm. 7, en *AGB-Gesetz. Kommentar zum Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 8ª edición, Colonia, 1997, pp. 971 a 977.

UNIDROIT:

- *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, Roma, 1995.



VATTIER FUENZALIDA, Carlos:

- «La interpretación integradora del contrato en el Código civil», *A.D.C.*, tomo XL, fascículo II, abril-junio, 1987, pp. 495 a 524.

VERDERA SERVET, Rafael:

- *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Bolonia, 1995.
- «STS de 17 de noviembre de 2000», *C.C.J.C.*, núm. 56, abril/septiembre 2001, pp. 491 a 510.

VICENTE Y GELLA, Agustín:

- «El Término esencial», *Revista de Derecho Mercantil*, 1949, vol. VIII, núm. 22, pp. 7 a 41.

VIDAL OLIVARES, Álvaro:

- *Criterios de atribución de responsabilidad por daños en la compraventa internacional de mercaderías (Especial consideración del artículo 79 CVCIM y de su engarce con el sistema de remedios por incumplimiento contractual en la Convención de Viena)*, Tesis Doctoral, UAM, 1999.

VIOLA DEMESTRE, Isabel:

- *El contrato de transacción en el Código civil*, Madrid, 2003.

VISO, Salvador del:

- *Lecciones elementales de Derecho civil*, tomo III, *Del derecho de las personas a exigir de otro lo que se debe, ó sea De las obligaciones*, 5ª edición, Valencia, 1884 (edición posterior a la muerte del autor que no altera la exposición y las doctrinas del mismo).
- *Lecciones elementales de Derecho civil*, tomo III, *Del derecho de las personas a exigir de otro lo que se debe, ó sea De las obligaciones*, 6ª edición revisada y arreglada al nuevo Código civil y legislación vigente por Salvador Salom y Puig, Valencia, 1889.

VON THUR, A:

- *Derecho civil. Teoría general del Derecho civil alemán*, vol. I, *Los derechos subjetivos y el patrimonio*, traducción al español por Tito Ravá, Madrid, 1998.
- *Derecho civil. Teoría General del derecho civil alemán*, vol. II, «Los hechos jurídicos. El Negocio jurídico (continuación)», traducido por Tito Ravá, Buenos Aires, 1947, § 63, núm. 528

VV. AA.:

- «La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980. Atti del Convegno di Studi di S. Margherita Ligure (26-28 settembre 1980)», *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, núm. 39.

VV. AA.:

- *La Convention de Vienne sur la vente internationale et les Incoterms. Actes du colloque des 1 et 2 décembre 1989*, bajo la dirección del Jacques Ghestin e Yves Derains, París.

VV. AA.:

- *United Nations Conference on contracts for the International Sale of Goods. Vienna, 10 March-11 April 1980. Official Records. Documents of the Conference and Summary Records of the Plenary Meetings and of the Meetings of the Main Committees United Nations*, Nueva York, 1981.

WEILL, Alex/TERRE, François:

- *Droit civil. Les Obligations*, 4ª edición, París, 1986.

WESTERMANN, Harm Peter:

- «§ 462 BGB», *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, tomo 3, *Schuldrecht, Besonderer Teil* (§§ 433-606), 3ª edición, Munich, 1995.
- «§ 465 BGB», *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, tomo 3, *Schuldrecht, I, Besonderer Teil* (§§ 433-606), 3ª edición, Munich, 1995.

WILL, Michael:

- «Article 25», en Bianca/Bonell, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milán, 1987, pp. 205 a 221.
- «Article 47», en Bianca/Bonell, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milán, 1987, pp. 342 a 346.
- «Article 49», en Bianca/Bonell, *Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention*, Milán, 1987, pp. 359 a 367.

WITZ, Claude:

- *Les premières applications jurisprudentielles du droit uniforme de la vente international. Convention des Nations Unies du 11 avril 1980*, París, 1995.

ZIMMERMAN, Reinhard:

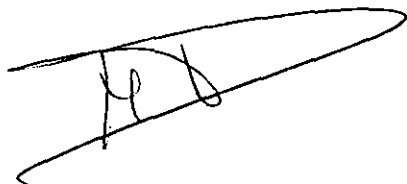
*The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*,  
Oxford, 1996.

ZWEIGERT, Konrad/KÖTZ, Hein:

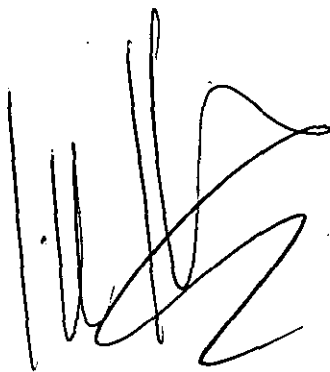
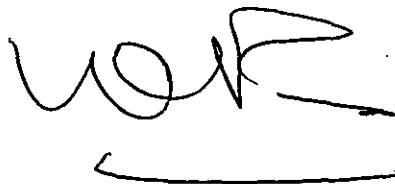
- *An introduction to comparative Law*, 2ª edición, traducida al inglés por Tony Weir, Oxford, 1992.
- *An introduction to comparative Law*, 3ª edición, traducida al inglés por Tony Weir, Oxford, 1998.

Reunido el Tribunal que suscribe en el día  
de la fecha, acordó conceder a la presente  
Tesis Doctoral la calificación de:  
Sobresaliente "Cum Laude"

Madrid: 17-07-2003



Fdo. RA Paz García Rubio



Mario Clemente  
<